

Les Cahiers de droit

La garantie d'accès aux services de santé : analyse de la proposition québécoise

Marie-Claude Prémont



Volume 47, numéro 3, 2006

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043897ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043897ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cette note

Prémont, M.-C. (2006). La garantie d'accès aux services de santé : analyse de la proposition québécoise. *Les Cahiers de droit*, 47(3), 539–580.
<https://doi.org/10.7202/043897ar>

Résumé de l'article

Le gouvernement du Québec a répondu à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Chaoulli* en introduisant le mécanisme de la garantie de soins comme solution aux délais d'attente déraisonnables. L'analyse du document *Garantir l'accès : un défi d'équité, d'efficacité et de qualité*, et du projet de loi n° 33 qui a suivi, révèle que ce n'est pas un mécanisme qui est proposé mais bien deux mécanismes distincts de garantie d'accès : une garantie publique et une garantie du type *public-privé*, qui n'ont de commun que les apparences.

Le premier mécanisme de la garantie publique est déjà pratiquement fonctionnel dans les secteurs de la cardiologie tertiaire et de la radio-oncologie, même s'il n'en porte pas le nom. En effet, une réforme a été engagée dans ces domaines depuis quelques années et donne à l'heure actuelle des résultats probants. Il s'agirait d'un développement prometteur pour le réseau public de santé du Québec.

La proposition québécoise ajoute par ailleurs un autre mécanisme de garantie, que nous avons qualifié du type *public-privé*, afin de bien le distinguer de la garantie publique. Ce type de garantie pose problème. La filiation conservatrice, son couplage à l'ouverture à l'« assurance privée duplicative » pour les mêmes soins et l'introduction de l'entreprise privée à but lucratif comme délégataire de la prestation de certains soins nous permettent d'anticiper que l'un des principaux effets de la garantie du type *public-privé* ne serait pas de réduire les délais d'attente dans le réseau public, mais bien d'appuyer, ou de garantir, la création d'un système parallèle de soins privés. Le projet de loi n° 33 déposé à la fin de la session parlementaire en juin 2006 confirme cette approche. L'intérêt public des Québécois serait mal servi par un tel virage.

La garantie d'accès aux services de santé : analyse de la proposition québécoise*

Marie-Claude PRÉMONT**

Le gouvernement du Québec a répondu à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Chaoulli en introduisant le mécanisme de la garantie de soins comme solution aux délais d'attente déraisonnables. L'analyse du document Garantir l'accès : un défi d'équité, d'efficacité et de qualité, et du projet de loi n° 33 qui a suivi, révèle que ce n'est pas un mécanisme qui est proposé mais bien deux mécanismes distincts de garantie d'accès : une garantie publique et une garantie du type public-privé, qui n'ont de commun que les apparences.

Le premier mécanisme de la garantie publique est déjà pratiquement fonctionnel dans les secteurs de la cardiologie tertiaire et de la radio-oncologie, même s'il n'en porte pas le nom. En effet, une réforme a été engagée dans ces domaines depuis quelques années et donne à l'heure actuelle des résultats probants. Il s'agirait d'un développement prometteur pour le réseau public de santé du Québec.

La proposition québécoise ajoute par ailleurs un autre mécanisme de garantie, que nous avons qualifié du type public-privé, afin de bien le

* Nous remercions les deux assistantes de recherche qui ont aidé à dépouiller les sources étrangères concernant le Royaume-Uni et la Suède : Marie-Ève Léveillé et Marguerite Tinawi, étudiantes à la Faculté de droit de l'Université McGill. Nous remercions aussi la Faculté de droit et le Réseau de recherche en santé des populations et l'assurance privée pour leur appui financier nous ayant permis de retenir les services de ces deux étudiantes. Nous tenons également à remercier les membres du Réseau de recherche en santé des populations et l'assurance privée, ainsi que les membres du Groupe de réflexion sur le système de santé du Québec, pour leur inspiration et leurs commentaires sur des versions précédentes de notre article.

** Professeure, Faculté de droit et Institut de droit comparé, Université McGill.

distinguer de la garantie publique. Ce type de garantie pose problème. La filiation conservatrice, son couplage à l'ouverture à l'« assurance privée duplicative » pour les mêmes soins et l'introduction de l'entreprise privée à but lucratif comme délégataire de la prestation de certains soins nous permettent d'anticiper que l'un des principaux effets de la garantie du type public-privé ne serait pas de réduire les délais d'attente dans le réseau public, mais bien d'appuyer, ou de garantir, la création d'un système parallèle de soins privés. Le projet de loi n° 33 déposé à la fin de la session parlementaire en juin 2006 confirme cette approche. L'intérêt public des Québécois serait mal servi par un tel virage.

The Quebec Government's response to the Chaoulli Supreme court decision about unreasonable waiting times and private health insurance has been to introduce guaranteed limits on wait time for certain health care services. In this paper we examine two documents: the White paper, or Guaranteeing Access: Meeting the challenges of equity, efficiency and quality, and Bill 33, tabled in June 2006. An analysis of these documents shows that the Government is suggesting not one but two separate guarantee mechanisms quite different from one another: the public guarantee on the one hand and the public-private guarantee on the other.

The first one, the public guarantee, is for all practical purposes already in place, even if not called as such, for tertiary cardiology and radiation oncology services. Results of the use of this mechanism in the past few years have shown drastic improvement to access to care. We welcome the expansion of the public guarantee for healthcare services in Quebec.

However, the Quebec proposal also introduces a second type of guarantee, the public-private one, for which we express strong reservations. This guarantee is linked to staunch conservative ideology, as found in Canada and elsewhere, and it is part and parcel of the introduction of private health insurance for medical and hospital services, as well as the delegation of public services to profit-seeking private enterprises. Its main impact over the mid to long term would be the support of the legalization and expansion of private surgical facilities and, more broadly, the implementation of a parallel system of private medical and hospital care in Quebec. The public interest of Quebecers would be poorly served by such an initiative.

	<i>Pages</i>
1 La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire <i>Chaoulli</i>.....	541
2 Les trois modèles de protection des droits des patients	544
2.1 Le modèle des droits inscrits à l'intérieur de la réglementation du réseau public de santé.....	544
2.2 Le modèle de la garantie d'accès avec délais fixés	545
2.3 Le modèle de la déclaration	545
3 Le choix du livre blanc <i>Garantir l'accès</i>	547
3.1 Les distinctions à faire entre deux types de garanties.....	547
3.2 La garantie publique d'accès.....	548
3.3 La garantie du type <i>public-privé</i> d'accès.....	551
4 La filiation du livre blanc <i>Garantir l'accès</i>	555
4.1 La proposition du Sénat et la garantie nationale de soins de santé.....	555
4.2 La proposition du Parti conservateur fédéral.....	559
4.3 La différence par rapport à la proposition Romanow	560
4.4 La position conservatrice albertaine.....	561
4.5 Un retour sur les expériences étrangères citées en exemple	564
5 La transcription de la proposition dans un projet de loi	567
5.1 Les précautions d'un ministre	567
5.2 L'instauration d'un mécanisme public de gestion de l'attente.....	569
5.3 La création d'hôpitaux privés à but lucratif, sans le nom	570
5.4 La prohibition de l'assurance privée duplicative	575
5.5 La confirmation de l'introduction de la garantie du type <i>public-privé</i> d'accès	577
Conclusion: La réforme du système de santé québécois doit-elle passer par l'adoption d'une vision conservatrice?.....	578

1 La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Chaoulli*

La Cour suprême du Canada a rendu le 9 juin 2005, dans l'affaire *Chaoulli*¹, une décision parmi les plus médiatisées de son histoire récente. Dans tout le Canada, des titres saisissants faisaient les manchettes des

1. *Chaoulli c. Québec (P.G.)*, [2005] 1 R.C.S. 791.

journaux dès le lendemain². Par cette décision serrée et controversée, une majorité de quatre juges sur sept concluait que, en présence de délais d'attente déraisonnables pour l'accès à certains services de santé, l'interdiction de l'assurance privée pour les services couverts par les régimes publics d'assurance hospitalisation et d'assurance maladie du Québec³ était incompatible avec l'article premier de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴.

La décision a fait l'objet de nombreux commentaires de juristes, autant dans les revues⁵ et ouvrages spécialisés⁶ que dans les médias⁷. L'objet de notre article n'est pas de commenter la décision judiciaire, mais plutôt de présenter une analyse de la réponse à la décision proposée par le gouver-

2. C'est surtout au Canada anglais que les titres s'adonnent à l'hyperbole : A. COYNE, «A Final Chance to Fix the System», *National Post*, 10 juin 2005, p. A-1 ; A. COYNE, «Destroying Medicare's Myths», *National Post*, 10 juin 2005, p. A-20 ; A. DUFFY, «Ruling Cuts Through Myth to Deadly Truth», *National Post*, 10 juin 2005, p. A-8 ; A. DUFFY, «Health Care's Main Malady», *The Ottawa Citizen*, 10 juin 2005, p. A-3 ; A. HELLER, «Medicare Shockwave Felt South of Border», *The Ottawa Citizen*, 10 juin 2005, p. A-6 ; «A Supreme Shot in the Arm: Right to Buy Private Health Care Should be Extended Here Too», *Calgary Herald*, 10 juin 2005, p. A-22 ; D. MARTIN, «Fast Relief from Health-care Lineups a Credit Card Away», *Calgary Herald*, 10 juin 2005, p. A-7. Voici des exemples de manchettes des quotidiens du Québec : V. MARISSAL, «Le pavé dans la mare», *La Presse*, 10 juin 2005, p. A-1 ; A. DUBUC, «Quand une loi est absurde», *Le Soleil*, 10 juin 2005, p. A1 ; P. GRAVEL et R. DUTRISAC, «Santé : la Cour suprême ouvre la porte au privé», *Le Devoir*, 10 juin 2005, p. A-1. La couverture médiatique a également dépassé les frontières canadiennes : C. KRAUSS, «Canadian Court Chips Away at National Health Care», *The New York Times*, 9 juin 2005 ; C. GULY et M. FARLEY, «Ruling may Threaten Canada's Healthcare System», *L.A. Times*, 10 juin 2005.
3. Article 11 de la *Loi sur l'assurance hospitalisation*, L.R.Q., c. A-28 ; article 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., c. A-29.
4. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12.
5. C. FLOOD, «Just Medicare: The Role of Canadian Courts in Determining Health Care Rights and Access», (2005) *JLME* 669 ; HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, «Due Process, Right to Medical Access, Supreme Court of Canada Holds that Ban on Private Health Insurance Violates Quebec Charter of Human Rights and Freedoms», (2005) 119 *Harvard Law Review* 677 ; M. JACKMAN, «The Last Line of Defence for [Which?] Citizens? : Accountability, Equality and the Right to Health in *Chaoulli*», à paraître 44 *O.H.L.J.* ; M.-C. PRÉMONT, «L'affaire *Chaoulli* et le système de santé du Québec : cherchez l'erreur, cherchez la raison», (2006) 51 *McGill L.J.* 167.
6. C.M. FLOOD et autres, *Access to Care. Access to Justice : The Legal Debate over Private Health Insurance in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2005.
7. Pour se limiter au Québec : P. GARANT, «Décision de la Cour suprême sur le système de santé : un choix politique ou judiciaire?», *Le Devoir*, 11 juin 2005, p. B-5, et *Le Soleil*, 10 juin 2005, p. A-15 ; H. BRUN, «En toute légitimité, le Parlement doit avoir le dernier mot», *Le Soleil*, 10 juin 2005, p. A-15 ; M.-C. PRÉMONT, «Régime public universel de santé du Québec : l'urgence d'agir suite au jugement de la Cour suprême», *Le Devoir*, 16 juin 2005, p. A-7 ; H. BRUN et autres, «Privatisation des soins de santé au Québec : il

nement du Québec lors de la publication, le 16 février 2006, de son livre blanc *Garantir l'accès*⁸, dans une large partie confirmée par le projet de loi n° 33, *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives*, déposé devant l'Assemblée nationale au dernier jour de la session parlementaire du printemps 2006. La Commission des affaires sociales du Québec a entendu plus de 100 organismes et personnes ayant soumis un mémoire en réaction au livre blanc⁹. Nous ferons à l'occasion référence à certains de ces travaux parlementaires¹⁰.

Rappelons que la décision de la Cour suprême repose sur la présence de délais d'attente déraisonnables mettant en péril le droit à la vie et à l'intégrité de la personne, droit prévu dans l'article premier de la Charte québécoise¹¹. Avant d'étudier plus précisément la réponse du Québec, il est utile d'aborder brièvement les trois types de modèles dont disposent les pouvoirs publics pour protéger les droits des usagers d'un système de santé, notamment quant à la problématique des listes d'attente.

n'y a pas d'ordre de la Cour suprême», *Le Devoir*, 17 nov. 2005, p. A-7; également en anglais: «Quebec Medicare Plan is Not What the Supremes Ordered», *The Gazette*, 17 nov. 2005, p. A-29.

8. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX (QUÉBEC), *Garantir l'accès: un défi d'équité, d'efficience et de qualité*, [En ligne], 2006, [msssa4.msss.gouv.qc.ca/fr/document/publication.nsf/961885cb24e4e9fd85256b1e00641a29/e90f534d23147785852571150053f04e?OpenDocument] (25 mars 2006). Ce document est aussi appelé «livre blanc» dans le texte.
9. Les auditions ont débuté le 4 avril 2006 pour se terminer le mercredi 6 juin 2006. Au total, 108 personnes, groupes ou organismes s'y sont présentés et ont fait des représentations.
10. Nous avons présenté la première version de ce texte lors de la première journée des auditions de la Commission des affaires sociales: M.-C. PRÉMONT, *La garantie d'accès aux services de santé: à quel modèle se vouer?*, [En ligne], 2006, [www.assnat.qc.ca/fra/37legislature2/commissions/cas/depot-acces.html] (24 mars 2006).
11. Dans l'affaire *Chaoulli c. Québec (P.G.)*, précitée, note 1, 39, la juge Deschamps, qui rédige l'opinion qui donne lieu à une conclusion majoritaire, écrit ceci: «Outre le fait qu'il est notoire que les soins de santé sont, au Québec, assujettis à des délais d'attente [...]». Reprenant le témoignage du docteur Doyle concernant les risques dont est l'objet un patient atteint de maladie cardiovasculaire, elle ajoute (p. 40): «Dans ces cas, il est inévitable que certains patients meurent s'ils doivent attendre pour être opérés.» Ou encore (p. 43): «Si la preuve démontre l'existence d'une atteinte au droit à la sécurité de la personne, à plus forte raison, elle justifie de conclure à une atteinte au droit à l'intégrité de la personne.».

2 Les trois modèles de protection des droits des patients

La préoccupation des citoyens relativement à la qualité et à l'accessibilité des soins de santé est réelle et une réponse doit y être donnée¹². Notons que le Québec et le Canada ne sont pas les seuls territoires où la problématique se présente¹³, et les débats à ce sujet sont vigoureux, autant sur place qu'à l'étranger¹⁴. Cependant, il faut toujours prendre garde à la terminologie employée, puisque le même mot peut englober des phénomènes distincts, tandis que des techniques similaires peuvent parfois être désignées différemment. L'expression «*Charte des droits des patients*» offre un exemple frappant d'un tel phénomène, où le terme peut viser un texte administratif, une politique publique, un texte législatif ou même un texte à caractère constitutionnel. Nous allons présenter brièvement trois modèles auxquels peuvent recourir les pouvoirs publics pour assurer la protection des droits des patients.

2.1 Le modèle des droits inscrits à l'intérieur de la réglementation du réseau public de santé

Le modèle des droits inscrits à l'intérieur même de la réglementation du système de santé est déjà bien présent au Québec. La législation dans le domaine de la santé énonce les droits que détiennent les patients à l'intérieur du réseau de la santé. Par exemple, les articles 5, 6 et 13 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (LSSSS)¹⁵ énoncent clairement que tout Québécois a droit aux services assurés que nécessite son état. Les tribunaux ont reconnu que ces services étaient exigibles¹⁶. Notons que le Québec se distingue de plusieurs pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) en accordant au

12. Voir les documents préparés par le Réseau de recherche en santé des populations et l'assurance privée, notamment : D. CONTANDRIOPOULOS et H. BILODEAU, *Satisfaction et inquiétude : l'ambiguïté de l'opinion sur le système de santé*, [En ligne], 2006, [www.santepop.qc.ca/chaoulli/precis_f.asp] (février 2006).

13. Parmi les membres de l'OCDE, seulement huit pays ne signalent pas de délais d'attente aux soins de santé : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, les États-Unis, la France, le Japon, le Luxembourg et la Suisse. Cela ne signifie pas nécessairement que tous leurs citoyens bénéficient d'un accès en temps raisonnable aux soins de santé : L. SICILIANI et J. HURST, « Causes de la disparité des délais d'attente en chirurgie non urgentes dans les pays de l'OCDE », *Revue économique de l'OCDE*, n° 38, 2004, p. 107-137.

14. C.M. FLOOD et T. EPPS, « Waiting for Health Care: What Role for a Patient's Bill of Rights ? », (2004) 49 *McGill L.J.* 515, 554.

15. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2 (ci-après citée : « L. S.S.S.S. » dans les notes et « LSSSS » dans le texte).

16. *Poirier c. Hôpital du Haut-Richelieu*, [1982] C.S. 511.

patient le choix du professionnel de la santé et de l'établissement dont il reçoit les soins¹⁷.

La Loi prévoit également plusieurs autres protections, dont la protection de la confidentialité des renseignements personnels, ainsi qu'un mécanisme de traitement des plaintes pour mettre en œuvre les droits dont disposent les patients. Ce mécanisme vient tout juste de faire l'objet d'une réforme importante¹⁸ et le recours récent au Protecteur du citoyen, organisme répondant directement à l'Assemblée nationale, est sans doute de bon augure pour la protection des droits des citoyens.

2.2 Le modèle de la garantie d'accès avec délais fixés

Les pouvoirs publics peuvent parfois établir des cibles quant aux délais de prise en charge et fixer des délais maximaux précis pour certains types d'interventions. Le non-respect de la cible peut alors permettre au patient de réclamer la prestation du service d'un autre professionnel ou encore dans un autre établissement public ou privé. Certains pays ont expérimenté différentes variables de ces techniques, mais les résultats demeurent difficiles à circonscrire. Les deux pays cités en exemple dans le livre blanc *Garantir l'accès* sont le Royaume-Uni et la Suède¹⁹.

Le modèle de la garantie avec délais fixés se traduit le plus souvent par des ententes administratives de services entre différents prestataires de soins, en vue de permettre au patient soumis à un délai qui dépasse la norme fixée d'avoir accès, sous couverture publique d'assurance, à des installations de soins auxquelles il n'aurait normalement pas accès. La garantie sert alors à lever, dans certaines conditions, les limites inscrites à la structure même du système public. Nous reviendrons sur ces observations à la section 4.5 qui concerne les expériences suédoise et britannique de ce modèle de la garantie d'accès.

2.3 Le modèle de la déclaration

Le troisième modèle est celui des instruments de sensibilisation, de nature administrative ou politique, ayant pour objet de rappeler aux acteurs et aux usagers du réseau les valeurs, principes et droits sur lesquels repose le fonctionnement du système de santé. C'est le modèle avancé par le Conseil de la santé et du bien-être (CSBE) du Québec en 2005.

17. L.S.S.S.S., art. 6.

18. *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2005, c. 32 (projet de loi n° 83).

19. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX (QUÉBEC), *op. cit.*, note 8, p. 39.

Le ministre de la Santé et des Services sociaux du Québec, M. Philippe Couillard, a confié en août 2004 au CSBE le mandat d'élaborer une proposition de déclaration des droits et responsabilités en matière de santé et de bien-être. Le CSBE a d'abord procédé à une consultation, puis il a produit un guide pour développer sa proposition et a préparé des fiches de référence afin d'informer la population des enjeux soulevés par la proposition. Enfin, le CSBE a déposé sa proposition en juillet 2005 auprès du ministre. Le document a été rendu public en août 2005²⁰, avec certains documents accessoires, dont un document de comparaison avec d'autres approches avancées au Canada ou à l'étranger²¹.

Dans son analyse comparative, le CSBE rappelle d'abord les trois modèles possibles²², en soulignant que le Québec est déjà doté de l'équivalent d'une charte selon le premier modèle à travers la LSSSS qui énonce les droits et responsabilités de chacun.

Dans la mesure où le mandat confié ne portait pas sur la révision de la LSSSS, le CSBE était donc placé devant un choix : soit il retenait le deuxième modèle, c'est-à-dire la garantie administrative de soins dans un délai fixé, soit il choisissait le troisième modèle, celui de la déclaration politique. Il a opté pour le troisième modèle, en établissant un parallèle avec la *Charte européenne des droits des patients*, rédigée par le Cittadinanzattiva-Active Citizenship Network²³.

Le CSBE explique brièvement pourquoi il n'a pas retenu le modèle de la garantie de soins à délais fixes :

L'avant-projet de déclaration du Conseil ne mentionne pas de normes de services sous la forme de droits à des services dans des temps requis pour deux raisons. D'une part, nous ne voulons pas engendrer une confusion en mentionnant des droits qui se situeraient à un autre niveau du fait qu'ils font appel à des ententes administratives. D'autre part, nous ne voulons pas créer de fausses attentes en énonçant des normes qui pourraient s'avérer irréalistes et qui constitueraient un carcan trop rigide [...] Les expériences étrangères telles que celles de la Grande-Bretagne et de l'Espagne montrent que la réduction du temps d'attente pour avoir accès à des services ou à des chirurgies ne résulte pas tant de leur insertion

20. CONSEIL DE LA SANTÉ ET DU BIEN-ÊTRE (QUÉBEC), *Déclaration des droits et responsabilités en matière de santé et de bien-être (Avant-projet)*, [En ligne], 2005, [www.csbe.gouv.qc.ca/site/fr_publications.phtml] (février 2006).

21. CONSEIL DE LA SANTÉ ET DU BIEN-ÊTRE (QUÉBEC), *Analyse sommaire des déclarations, des lois et des chartes des droits en matière de santé et de bien-être*, [En ligne], 2005, [www.csbe.gouv.qc.ca/site/fr_publications.phtml] (février 2006).

22. *Id.*, p. 9 et 10.

23. CITTIDINANZATTIVA – ACTIVE CITIZENSHIP NETWORK, *Charte européenne des droits des patients*, [En ligne], 2002, [www.activecitizenship.net/projects/project_europe_chart.htm] (10 mars 2006).

dans une charte que plutôt de l'accroissement des investissements publics et du réaménagement de l'offre de services par le gouvernement²⁴.

Le CSBE est maintenant remplacé par le Commissaire à la santé et au bien-être, en vertu de la *Loi sur le Commissaire à la santé et au bien-être*²⁵, adoptée le 16 juin 2005 par l'Assemblée nationale du Québec. Les fonctions du Commissaire énoncées dans cette loi sont susceptibles d'orienter ses travaux dans une direction différente de celle qui a caractérisé le CSBE, puisque le Commissaire aura à évaluer la performance du système et à alimenter le débat quant à la viabilité du système de santé du Québec²⁶.

L'article premier de cette loi prévoit que le Commissaire est nommé par le gouvernement et transmet ses rapports au ministre de la Santé et des Services sociaux. Dans les circonstances, l'avenir de l'avant-projet de déclaration du CSBE est donc incertain.

3 Le choix du livre blanc *Garantir l'accès*

3.1 Les distinctions à faire entre deux types de garanties

Le plan présenté dans le livre blanc *Garantir l'accès*, rendu public le jeudi 16 février 2006 par le premier ministre du Québec, M. Jean Charest, et le ministre de la Santé et des Services sociaux, M. Philippe Couillard, propose l'adoption par le Québec de la technique de la garantie d'accès à certains soins de santé, s'apparentant au deuxième modèle présenté plus haut, avec délais maximaux fixés. Le mécanisme de la garantie d'accès joue un rôle central à l'intérieur de la proposition gouvernementale. Il s'agit d'une technique nouvelle pour le Québec puisqu'elle n'y a jamais été testée sous cette forme ou appellation. À notre avis, il est important de développer une meilleure connaissance du mécanisme proposé pour en mieux saisir la transcription dans le projet de loi abordé à la section 5.

Nous allons esquisser ici les grandes lignes de la proposition, pour tenter d'établir, à la section 3.2, sa possible filiation à l'intérieur des discussions canadiennes récentes en matière de réforme du système de santé.

Soulignons que le document introduit non pas un seul type de garantie d'accès mais bien deux formules très différentes, bien que certaines apparences, dont la façon même de les présenter, puissent laisser croire que seulement des nuances mineures les distinguent.

24. CONSEIL DE LA SANTÉ ET DU BIEN-ÊTRE (QUÉBEC), *op. cit.*, note 21, p. 13.

25. *Loi sur le Commissaire à la santé et au bien-être*, L.R.Q., c. C-32.1.1.

26. *Id.*, art. 14.

En effet, les deux types de garanties diffèrent par leur structure, par leurs effets juridiques ainsi que par leurs effets potentiels à moyen et à long terme sur le système public de santé. Nous allons ainsi distinguer la «garantie publique», et la «garantie du type public-privé²⁷» d'accès.

Reprenons brièvement l'information sommaire fournie dans le livre blanc, en soulignant que les mécanismes suggérés doivent être évolutifs et s'adapter selon les résultats obtenus et les ressources à la disposition des acteurs visés (p. 46²⁸). Nous allons également tenter de prévoir les implications, même si l'exercice est risqué étant donné les données limitées dont nous disposons.

L'objectif annoncé des deux types de garanties se présente en deux volets : assurer un traitement à l'intérieur de délais définis et assurer la prise en charge personnalisée du patient (p. 47). Il s'agit certes d'objectifs importants pour la population québécoise en général et pour le bon fonctionnement du réseau. Les deux types de garanties se traduisent par une obligation pour l'établissement initial d'inscription du patient de fournir le traitement requis à l'intérieur du délai prévu ou, à défaut, de diriger le patient vers un autre établissement. Dans les deux cas, la garantie concerne des services médicaux et hospitaliers. Le livre blanc précise qu'elle ne sera instaurée que dans le cas des services pour lesquels il existe des délais qui requièrent un redressement (p. 45). Il met en garde le lecteur contre la complexité de la gestion du mécanisme de la garantie, tout en soulignant qu'il a l'avantage d'offrir un recours²⁹ au citoyen qui se sentirait lésé (p. 40).

3.2 La garantie publique d'accès

Le livre blanc propose d'introduire une garantie d'accès à l'intérieur de délais fixés par des normes médicales pour certains services. Ces derniers seraient garantis à l'intérieur du système de santé public. Les services visés seraient adoptés par pouvoir réglementaire du ministre de la Santé et des

27. Nous adoptons la suggestion du *Grand dictionnaire terminologique*, en ligne sur le site Web de l'Office québécois de la langue française (www.olf.gouv.qc.ca) qui propose de ne pas accorder l'expression «public-privé», qui est de toute façon un anglicisme. Afin de marquer cette incongruité de langage maintenant passé dans l'usage, les italiques seront maintenues tout au long du texte. Cet usage est d'ailleurs déjà dans la pratique du législateur québécois : *Loi sur l'Agence des partenariats public-privé du Québec*, L.R.Q., c. A-7.002.

28. Le numéro de page indiqué entre parenthèses dans le texte fait référence au livre blanc *Garantir l'accès* qui énonce le plan proposé : MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *op. cit.*, note 8.

29. Le livre blanc ne précise pas le type ni la nature du recours.

Services sociaux³⁰. Instaurée graduellement, la garantie s'appuierait sur une réorganisation des services, par étapes, en fonction de la disponibilité des ressources humaines et financières (p. 45). On envisage dans un premier temps d'offrir cette garantie pour les services de cardiologie tertiaire et pour les traitements de radio-oncologie.

Des pratiques et des systèmes de suivi déjà en place pour ces services seraient maintenus, ce qui a permis aux rédacteurs du livre blanc d'être confiants que les patients seraient traités à l'intérieur des délais prescrits. Les deux principaux mécanismes mentionnés sont, d'une part, le système de gestion de l'accès aux services (SGAS), qui permet de suivre les demandes de services à l'échelle du Québec et de produire des listes d'attente normalisées, selon les différents niveaux de priorité et, d'autre part, les corridors de services en vue du transfert de patients en attente depuis plus de huit semaines entre centres de radio-oncologie du Québec.

Nous ferons immédiatement deux observations. En premier lieu, le caractère analogue aux situations d'urgence pourrait expliquer la sélection des services bénéficiant de la garantie publique. La radio-oncologie et la cardiologie tertiaire représentent en effet des domaines où la sécurité du patient peut réellement être mise en péril. Cette situation se distingue des chirurgies de la cataracte, du genou ou de la hanche, retenues pour le second type de garantie. En second lieu, on observe que les traitements du cancer ont fait l'objet de poursuites judiciaires qui ont donné beaucoup de visibilité à la problématique des délais d'attente dans ces domaines³¹, ce qui peut expliquer la volonté plus forte d'une correction.

La garantie publique pour certains services suppose une réorganisation importante de la prestation de ces services au sein du système public. Dans une large mesure, le réseau a déjà accompli avec succès cette réorganisation pour les deux premiers domaines d'intervention annoncés. Il faut également remarquer que la garantie publique d'accès n'est pas associée à une

30. Ayant pris connaissance de nombreuses réserves exprimées par plusieurs personnes et organismes quant au pouvoir discrétionnaire conféré au pouvoir exécutif, le ministre a précisé en commission parlementaire qu'un ajout ou une modification devrait plutôt se faire par voie législative.

31. *Stein c. Québec (RAMQ)*, [2000] J.Q. n° 1241 (C.S.) (affaire de chirurgie du cancer citée dans l'arrêt *Chaoulli* de la Cour suprême); *Cilinger c. Centre hospitalier de Chicoutimi*, [2004] R.J.Q. 3083. Cette affaire met en cause des femmes victimes d'un cancer du sein n'ayant pas bénéficié d'un traitement de radiothérapie à l'intérieur du délai raisonnable de huit semaines.

ouverture quelconque à l'assurance privée duplicative³² ni à la prestation privée à but lucratif de ces soins, dans le sens envisagé par l'introduction des cliniques spécialisées affiliées (CSA³³) pour le second type de garantie. De plus, le plan proposé dans le livre blanc énonce que les deux principales mesures pour en assurer le succès sont déjà en place : gestion proactive et centralisée des listes d'attente ainsi que mise en place de corridors de services fonctionnels entre établissements publics. Nous pouvons supposer que tout ajout de traitement à la garantie publique reposera également sur la mise en place préalable de mesures similaires de gestion centralisée et coordonnée des listes d'attente et de corridors de services entre établissements du réseau de santé.

Quels sont les recours que le non-respect de cette garantie pourrait déclencher ? La procédure de plainte des usagers, prévue dans le chapitre III de la LSSSS est la première et principale procédure qui pourrait être mise en œuvre par un patient non satisfait de la gestion de son temps d'attente pour une intervention soumise à la garantie publique. Le commissaire local ou régional à la qualité des services serait interpellé par la procédure de plainte prévue dans la loi, ainsi que le Protecteur du citoyen, qui a remplacé le Protecteur des usagers en matière de santé et de services sociaux depuis le 1^{er} avril 2006³⁴.

Le patient peut aussi, dans tous les cas, se prévaloir de son recours de droit commun en matière de responsabilité civile, mais ce recours est souvent beaucoup trop onéreux et long pour mériter l'attention du patient, sans compter les difficultés inhérentes à toute poursuite en responsabilité contre un organisme public mettant en cause la définition d'une politique publique.

32. Nous retenons la typologie de l'OCDE qui définit ainsi l'assurance privée duplicative : « Assurance privée qui offre une couverture pour des prestations de santé déjà couvertes par une assurance-maladie publique. Elle peut être proposée en option au secteur public parce que, si elle offre un accès aux mêmes prestations médicales que le régime public, elle offre en même temps accès à des prestataires ou à des niveaux de prestations différents. Elle ne dispense pas de cotiser à l'assurance-maladie publique » : ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *L'assurance-maladie privée dans les pays de l'OCDE, Le projet de l'OCDE sur la santé*, [En ligne], 2004, p. 35, [www.oecd.org/document/20/0,2340,fr_2649_37407_35154964_1_1_1_37407,00.html] (10 mars 2006).

33. Le livre blanc *Garantir l'accès* présente une description sommaire du concept de la clinique spécialisée affiliée : MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX (QUÉBEC), *op. cit.*, note 8, p. 49.

34. *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives*, précitée, note 18, art. 249-268.

3.3 La garantie du type *public-privé* d'accès

D'autres types de services hospitaliers et médicaux, déterminés également par voie réglementaire par le ministre de la Santé et des Services sociaux³⁵, feraient l'objet d'une forme distincte de garantie : la garantie du type *public-privé* d'accès. Cette dernière se décompose en trois phases et s'articule autour d'une ouverture à l'assurance privée duplicative pour les mêmes services ainsi qu'à la prestation de services par des entités privées à but lucratif. La relation entre le mécanisme de la garantie et le caractère privé du financement et de la prestation à but lucratif est ici centrale pour bien saisir la nature du second type de garantie³⁶.

Les services visés au premier stade de l'implantation de la garantie du type *public-privé* regroupent trois chirurgies électives (remplacement de la hanche ou du genou et chirurgie de la cataracte). D'abord, il faut préciser que les conditions propices à l'introduction de cette garantie dans le réseau public ne sont pas encore en place, alors qu'elles le sont pour la garantie publique d'accès énoncée plus haut³⁷.

La première phase de la garantie du type *public-privé* est à caractère public, tant par son financement que par sa prestation, et tient pour les premiers six mois d'attente après l'inscription d'une personne sur une liste d'attente qui suit la consultation du médecin spécialiste. Au cours de cette période, l'établissement de première inscription fait le suivi du patient et doit fixer la date de l'intervention au plus tard 30 jours après l'inscription. Si aucune date ne peut être fixée, le patient doit faire l'objet d'une prise en charge personnalisée et d'un suivi de sa situation, dans le but de lui fournir l'intervention avant l'expiration du délai de six mois. Puisque, comme le souligne le livre blanc, aucune mesure n'est encore en place pour favoriser une gestion rationnelle et coordonnée des listes d'attente des trois interventions visées, il est probable que le délai d'attente dépasse souvent la première phase et oblige le patient à se résoudre à passer à la deuxième phase de la garantie.

La deuxième phase se situe entre six et neuf mois après l'inscription sur la liste d'attente. Elle se caractérise par sa mixité, puisque, si le

35. En commission parlementaire, le ministre a également précisé que ces ajouts se feraient plutôt par voie législative.

36. À quelques reprises, le ministre a précisé devant la Commission des affaires sociales que la couverture par la garantie d'accès ne signifierait pas nécessairement une ouverture à l'égard de l'assurance privée duplicative.

37. « Toutefois, les conditions propices à l'introduction d'une garantie de services dans ces domaines d'intervention sont à mettre en place » : MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX (QUÉBEC), *op. cit.*, note 8, p. 47.

financement demeure public, la prestation des services chirurgicaux peut devenir privée. En effet, il est prévu que, si le patient n'a pu être traité par l'établissement local avant l'expiration du premier délai de six mois, l'établissement local devra collaborer avec son agence régionale de la santé et des services sociaux afin de trouver une solution pour obtenir le service dans un autre établissement de la région ou d'une autre région, ou dans une CSA avec laquelle l'agence régionale aurait conclu une entente de services. Le Réseau universitaire intégré de santé (RUIS) pourrait également être mis à contribution lorsqu'un patient devrait être transféré d'une région à une autre.

Enfin, si le traitement ne peut pas être fourni à l'intérieur de la deuxième phase qui se termine à l'expiration d'un délai de neuf mois, la garantie entre alors dans sa troisième et dernière phase. L'établissement d'inscription peut alors être placé devant l'obligation d'acheter le service d'un médecin non participant au régime public ou d'un établissement hors Québec ou hors Canada. Pour leur part, le réseau national ainsi que l'agence régionale appuient l'établissement local dans cette démarche. Le service est alors payé à même le budget de l'agence régionale d'inscription du patient (p. 48). L'achat de services chirurgicaux pratiqués par des médecins non participants et financés à même les fonds publics de la santé serait donc formalisé par l'entremise d'ententes entre les pouvoirs publics et des cliniques où travaillent des médecins non participants.

Le livre blanc précise que les délais énoncés pourraient faire l'objet d'adaptations. Un système intégré d'information devra être mis en place pour établir une gestion normalisée des listes d'attente (p. 48). Par contre, le livre blanc ne précise aucun des moyens à mettre en œuvre pour atteindre cet objectif ni ne précise les budgets qui devront y être consacrés.

Le caractère *public-privé* de cette garantie fait référence à la double dimension du public et du privé, qui vaut autant pour la prestation des soins que pour son financement. Concernant la prestation, l'introduction des CSA systématise, à l'intérieur du réseau de la santé du Québec, la présence d'un organisme privé à but lucratif à qui des volumes de prestation de services seraient confiés et garantis par entente, et donc possiblement par appel d'offres, comme le requièrent normalement les marchés publics³⁸. Le livre blanc précise que ces cliniques devraient possiblement être titulaires d'un permis d'hospitalisation (p. 50), ce qui introduirait dans le système québécois des soins de santé l'hôpital privé à but lucratif. Le livre blanc indique également (p. 49) que la CSA devra être titulaire d'un permis de clinique

38. Le ministre a précisé devant la Commission des affaires sociales que les CSA pourraient pratiquer diverses chirurgies d'un jour, dont la liste serait arrêtée dans l'entente.

affiliée pour les activités ciblées par l'entente, ce qui laisse entendre que la clinique pourra également poursuivre d'autres activités qui ne seront pas soumises à ce permis ni à l'entente. Cette dimension de la prestation privée à but lucratif des soins chirurgicaux de santé n'est pas anodine et soulève de nombreuses questions. Elle pourrait ouvrir la soumission de ces services aux appels d'offres et aux accords internationaux, outre qu'elle pose la question du respect des conditions énoncées dans la *Loi canadienne sur la santé*³⁹, notamment la question de la gestion publique⁴⁰.

Par ailleurs, la garantie du type *public-privé* cumule également une dimension de financement privé pour les soins qui y sont soumis. Une fois le délai de neuf mois expiré, les pouvoirs publics se placent dans l'obligation de confier à des organismes de prestation et de financement privés la prestation des services requis. La troisième phase de la garantie du type *public-privé* introduit donc dans le système de santé québécois une forme de financement mixte, même si le livre blanc dit par ailleurs poursuivre un objectif de maintenir «le plus d'étanchéité possible dans le financement entre le secteur public et le secteur privé⁴¹» (p. 45).

La lecture du livre blanc *Garantir l'accès* n'interdit donc pas d'imaginer que la CSA de médecins participants et la clinique privée de médecins non participants se retrouvent sous un seul et même toit, ou sous le contrôle de la même société commerciale. Cette société privée à but lucratif pourrait ainsi recruter des médecins aussi bien participants que non participants au régime public. Les premiers accompliraient les actes soumis à l'entente, tandis que les seconds se chargeraient de trois catégories de patients : 1) ceux qui paient directement de leur poche ; 2) les patients couverts par une assurance privée duplicative ; et 3) les patients venant du régime public qui ont atteint la troisième phase de la garantie du type *public-privé*. Ce phénomène inédit dans le réseau québécois remettrait fortement en cause, dans la pratique, la distinction entre le statut du médecin participant et du médecin non participant⁴². Il soulève également plusieurs questions quant au contrôle du coût et de la pratique médicale, outre qu'il donne naissance à la gestion de la double liste d'attente pour un seul établissement, ce qui contredit du même coup les objectifs de gestion intégrée et centralisée des listes d'attente.

39. *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, c. C-6.

40. *Id.*, art. 8.

41. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX (QUÉBEC), *op. cit.*, note 8, p. 45.

42. *Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., c. A-29, art. 26, 28, 30 et 36. *Règlement d'application de la Loi sur l'assurance maladie*, R.R.Q., c. A-29, r. 1, art. 28-30.

La garantie du type *public-privé* met également en concurrence le financement privé et le financement public des soins couverts, et ce, tout au long de sa durée. En effet, selon les termes énoncés dans le livre blanc, les sociétés d'assurances seraient habilitées à offrir des contrats d'assurance prévoyant le paiement ou le remboursement des chirurgies ou des soins visés dans la garantie du type *public-privé*, sans avoir à soumettre leurs clients assurés aux délais inhérents à cette garantie⁴³.

Autrement dit, le patient bénéficiant d'une couverture d'assurance privée duplicative pourrait contourner les délais d'attente du système public en ayant accès à des cliniques privées où les soins seraient donnés par des médecins non participants au régime public. Le livre blanc n'interdit pas que le patient muni d'une assurance privée s'adresse aux mêmes sociétés commerciales servant deux catégories distinctes de clientèles, la première fournie et financée par le réseau public et la seconde financée directement par le patient ou bénéficiant d'une couverture d'assurance privée duplicative. Il y aurait donc deux portes distinctes pour entrer dans le même établissement, des patients inscrits à deux listes d'attente distinctes, en concurrence pour le même bloc opératoire et la même équipe technique. Même si le gouvernement arrivait à maintenir la distinction entre médecins participants et médecins non participants⁴⁴, l'interfinancement *public-privé* et la perte de priorité pour les patients issus de la garantie du type *public-privé* deviendraient systémiques.

Quels sont les recours que le non-respect de cette garantie pourrait déclencher? Des précisions ou clarifications devront être apportées afin que la procédure de plaintes prévue dans la LSSSS soit également applicable aux CSA. Son applicabilité quant aux médecins non participants devra aussi être clarifiée.

La principale différence entre la garantie publique et la garantie du type *public-privé* se situe par ailleurs à un autre niveau. Le mécanisme mis en place se retourne en effet contre le réseau public qui doit à l'avance miser sur des organismes privés pour remplir des engagements qui lui sont destinés et pour lequel il peut être sanctionné. Ce type de garantie équivaut à la délégation de services publics et se traduit par des ententes administratives et contractuelles entre le réseau public et les CSA par lesquelles

43. Il s'agit par essence d'une assurance privée duplicative, selon la classification proposée par l'OCDE, *op. cit.*, note 32.

44. Afin de prévenir cette confusion, le Groupe de réflexion sur le système de santé du Québec propose que le principe de l'étanchéité de la pratique médicale soit étendu aux cliniques et aux établissements : GROUPE DE RÉFLEXION SUR LE SYSTÈME DE SANTÉ DU QUÉBEC, *Accès aux soins de santé. Confirmer la solution publique pour le Québec*, mémoire présenté à la Commission des affaires sociales, Montréal, 31 mars 2006.

les pouvoirs publics financent des volumes de traitement dans le secteur privé à but lucratif.

Ces ententes contractuelles à long terme qui devront être signées pour le respect de la deuxième et de la troisième phase de la garantie du type *public-privé* équivalent à la programmation de l'échec de la première phase de la garantie ou de la dimension publique des deuxième et troisième phases, puisque les pouvoirs publics seront susceptibles de s'engager à fournir aux CSA ou aux cliniques de médecins non participants un certain volume de patients ou d'interventions pour lesquels le financement public devra suivre de toute façon. Le recours du patient à qui le traitement n'aura pas été fourni au cours de la première phase de la garantie se résumera à son passage à la deuxième ou à la troisième phase de la garantie où entreront en action les ententes contractuelles avec les sociétés commerciales sous la forme des CSA, vers lesquelles le patient sera dirigé.

4 La filiation du livre blanc *Garantir l'accès*

4.1 La proposition du Sénat et la garantie nationale de soins de santé

Nous proposons dans cette section de mettre en évidence certaines propositions antérieures, québécoises ou canadiennes, qui pourraient nous permettre d'établir la filiation du plan proposé dans le livre blanc *Garantir l'accès*. Le Comité sénatorial, présidé par le sénateur Michael Kirby (comité Kirby), a publié six rapports au cours de ses travaux de 1999 à 2002. Nous allons nous référer au sixième rapport du Comité sénatorial, soit le dernier rapport qui regroupe les recommandations en vue d'une réforme du système de santé au Canada⁴⁵. La partie III intitulée «La garantie de soins de santé⁴⁶», notamment les chapitres cinq⁴⁷ et six⁴⁸, présentent un intérêt certain pour notre analyse.

Il est également pertinent de situer ce rapport du comité Kirby à l'intérieur de la chronologie du cheminement judiciaire de l'affaire *Chaoulli*. Le rapport en question a été rendu public après la décision de la Cour d'appel du Québec⁴⁹ qui confirmait à l'unanimité la décision de la Cour supérieure

45. COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES AFFAIRES SOCIALES, DES SCIENCES ET DE LA TECHNOLOGIE, *La santé des Canadiens – Le rôle du gouvernement fédéral*, t. 6: «Recommandations en vue d'une réforme», [En ligne], 2002, [www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/com/kirby/index_f.html] (10 mars 2006).

46. *Id.*, p. 107 et suiv.

47. *Id.*, p. 109-119; le chapitre 5 est intitulé «Des soins de santé en temps opportun».

48. *Id.*, p. 121-134; le chapitre 6 est intitulé «La garantie de soins de santé».

49. *Chaoulli c. Québec (P.G.)*, [2002] R.J.Q. 1205 (C.A.).

du Québec⁵⁰ rejetant la requête des appelants Chaoulli et Zeliotis de faire invalider la prohibition de l'assurance privée pour les services médicaux et hospitaliers couverts par le régime public d'assurance santé québécois. Le rapport du comité Kirby précède par ailleurs la décision contraire de la Cour suprême, favorable aux requérants⁵¹ qui, comme chacun le sait, a été l'élément déclencheur du débat public qui se tient actuellement au Québec et au Canada quant à la réforme des soins de santé et à l'introduction de l'assurance maladie privée duplicative.

Le chapitre cinq du rapport Kirby place la discussion sous l'angle de la problématique des listes d'attente en relevant d'abord l'absence de données fiables sur le sujet et en donnant des exemples d'expériences canadiennes qui, par une simple rationalisation de la gestion des listes, ont pu apporter un réel bénéfice⁵².

À vrai dire, le rapport Kirby anticipe une sanction des tribunaux, avant même la décision de la Cour suprême : « le Comité croit que les tribunaux vont probablement déclarer inconstitutionnelles les lois actuelles qui empêchent effectivement les Canadiens d'acheter au secteur privé, au Canada, des services couverts par l'assurance-santé⁵³ ». Suite à cette étonnante anticipation de la sanction judiciaire concernant la prohibition législative de l'assurance privée, le comité Kirby recommande l'adoption d'une garantie d'accès afin de trouver une solution au problème des délais d'attente⁵⁴.

Notons que dès la parution du quatrième rapport⁵⁵, le comité Kirby avait avancé l'hypothèse d'une violation des droits protégés par la Charte canadienne. Le comité Kirby s'inspirait d'analyses publiées par des cabi-

50. *Chaoulli c. Québec (P.G.)*, [2000] R.J.Q. 786 (C.S.).

51. La décision a été rendue le 9 juin 2005 : *Chaoulli c. Québec (P.G.)*, précitée, note 1.

52. Le rapport Kirby comprend notamment un exemple venant de l'Ontario (Réseau de soins cardiaques de l'Ontario) et un autre de l'Ouest canadien : COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES AFFAIRES SOCIALES, DES SCIENCES ET DE LA TECHNOLOGIE, *op. cit.*, note 45, p. 123-125.

53. COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES AFFAIRES SOCIALES, DES SCIENCES ET DE LA TECHNOLOGIE, *op. cit.*, note 45, p. 109.

54. *Id.*, p. 113 : « Par conséquent, le Comité estime que l'incapacité du système public de soins de santé à fournir les soins en temps opportun, démontrée par les listes d'attente pour l'obtention des services, ouvre vraisemblablement la porte à une contestation judiciaire en vertu de la Charte; cette contestation pourrait réussir à abroger les lois qui empêchent ou dissuadent les Canadiens de payer personnellement pour obtenir, au Canada, des services jugés nécessaires sur le plan médical, même quand ces derniers sont couverts par le régime public d'assurance-santé. »

55. COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES AFFAIRES SOCIALES, DES SCIENCES ET DE LA TECHNOLOGIE, *La santé des Canadiens – Le rôle du gouvernement fédéral*, t. 4 : « Question et options », [En ligne], 2001, p. 42-43, [www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/com/kirby/index_f.html] (10 mars 2006).

nets d'avocats⁵⁶ et par l'Institut C.D. Howe en mai 2002⁵⁷, analyses rendues publiques au cours des semaines qui ont suivi le jugement de la Cour d'appel du Québec. Le comité Kirby s'appuie donc sur le document de l'Institut C.D. Howe pour prévoir l'invalidation par les tribunaux de la prohibition de l'assurance privée⁵⁸. Le dernier rapport explique ceci :

Ainsi, dans le contexte des soins de santé, la Charte n'exige peut-être pas des gouvernements qu'ils veillent à ce que le système public offre un certain niveau de soins, mais elle pourrait être invoquée pour les empêcher d'imposer des mesures coercitives refusant aux citoyens la liberté d'obtenir, à leurs frais, des soins de santé au Canada, lorsque le régime public ne peut leur offrir ces soins en temps opportun⁵⁹.

Le comité Kirby conclut son analyse en disant que les gouvernements ne doivent pas attendre passivement que les tribunaux les sanctionnent et doivent tout de suite s'attaquer aux listes d'attente.

Nous allons maintenant nous pencher sur la solution retenue dans le rapport Kirby, soit l'adoption d'une garantie nationale de soins de santé.

Ce rapport souligne la situation déplorable de l'information quant aux listes d'attente et relève certaines expériences canadiennes de gestion des listes d'attente qui ont donné des résultats intéressants. Il souligne qu'il est difficile de tirer des conclusions définitives des expériences internationales quant à l'adoption de la garantie d'attente et que les expériences sont récentes et se limitent à une poignée de pays, mais il conclut que les données parues sur le sujet permettent quand même de croire qu'elle contribue à réduire les périodes d'attente⁶⁰.

Le rapport Kirby remarque par ailleurs que la technique utilisée en Suède « contribue davantage à accroître la liberté de choix des patients qu'à réglementer les périodes d'attente⁶¹ ». Il fait également la même remarque pour l'expérience du Danemark, où la garantie sert essentiellement à

56. R.A. SKOLROOD, *The Charter of Rights and Health Care Reform*, Lawson Lundell, Barristers and Solicitors, July 16, 2002 (Paper presented at the CLE Charter Conference, B-C, May 30-31, 2002).

57. S.H. HARTT et P.J. MONAHAN, « The Charter and Health Care. Guaranteeing Timely Access to Health Care for Canadians », dans *C.D. Howe Institute Commentary, The Health Papers*, n° 164, mai 2002. Cet article est aussi publié sur le site Web de l'Institut C.D. Howe [www.cdhowe.org].

58. Le rapport définitif du comité Kirby adopte l'analyse de l'Institut C.D. Howe: « Le Comité trouve convaincante cette analyse de Hartt et Monahan » : COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES AFFAIRES SOCIALES, DES SCIENCES ET DE LA TECHNOLOGIE, *op. cit.*, note 45, p. 117.

59. *Id.*, p. 114.

60. *Id.*, p. 125.

61. *Id.*, à la p. 126.

accroître la liberté de choix de cliniques où le patient peut se faire traiter dans un réseau privé parallèle, aux frais des fonds publics⁶².

Le comité Kirby affirme que les pouvoirs publics doivent porter la responsabilité financière de leur incapacité à mettre en place des systèmes efficaces de gestion des listes d'attente et doivent donc, entretemps, payer à même les fonds publics pour permettre aux patients qui attendent trop longtemps d'aller se faire soigner ailleurs⁶³. Le comité Kirby ajoute que d'autres rapports au Canada ont également proposé l'adoption d'une garantie, dont le rapport Mazankowski de l'Alberta⁶⁴, rendu public en décembre 2001, et celui de l'Association médicale canadienne, publié en juin 2002⁶⁵.

Le rapport Kirby insiste sur le fait que, sous la menace de la sanction des tribunaux, la garantie de soins de santé devrait être adoptée sans attendre :

Il importe néanmoins de mesurer les conséquences d'un refus de la part des provinces d'adhérer à la garantie de soins de santé [...] Ainsi, l'une des conséquences du refus d'appliquer une garantie de soins de santé serait de rendre hautement probable l'accueil favorable par les tribunaux d'une éventuelle contestation de la loi interdisant la création parallèle d'un régime privé de soins de santé et d'assurance-maladie⁶⁶.

Cette mise en garde étonnante du comité Kirby concernant les institutions démocratiques des provinces canadiennes s'ajoute à la menace proférée à l'encontre des gouvernements provinciaux de voir le gouvernement fédéral adopter lui-même la garantie nationale de soins de santé. Le procédé utilisé par le comité Kirby démontre ainsi, outre un manque de respect pour les institutions démocratiques canadiennes et québécoises,

62. *Id.*, p. 126-128.

63. *Id.*, p. 130; la recommandation est formulée ainsi: «Qu'un délai d'attente maximum tenant compte des besoins soit fixé et rendu public pour chaque type d'intervention ou de traitement majeur; Qu'une fois ce délai expiré, l'assureur (le gouvernement) paie pour que le patient puisse immédiatement faire des démarches pour subir l'intervention ou le traitement en question ailleurs au Canada ou, au besoin, à l'étranger (par exemple, aux États-Unis). C'est ce qu'on appelle la garantie de soins de santé.»

64. PREMIER'S ADVISORY COUNCIL ON HEALTH FOR ALBERTA, *A Framework for Reform*, décembre 2001, 72 p.

65. ASSOCIATION MÉDICALE CANADIENNE, *Ordonnance pour la viabilité*, 6 juin 2002. Cette ordonnance proposait que les personnes qui attendent au-delà du délai prescrit puissent se rendre en dehors de la province ou du pays pour y recevoir le traitement payé à même les fonds publics.

66. COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES AFFAIRES SOCIALES, DES SCIENCES ET DE LA TECHNOLOGIE, *op. cit.*, note 45, p. 133.

une interprétation de la Constitution canadienne malléable selon ses vœux politiques⁶⁷.

Plus loin dans son rapport, le comité Kirby tente d'atténuer l'impudence de son intimation en disant espérer que les provinces s'y prêteront de façon volontaire : « [Le comité Kirby] espère vivement que le gouvernement fédéral n'aura pas à intervenir unilatéralement⁶⁸. »

Enfin, le comité Kirby conclut cette section en insistant sur le fait que la recommandation quant à l'adoption de la garantie de soins est indissociable des autres recommandations incluses dans son rapport⁶⁹.

4.2 La proposition du Parti conservateur fédéral

La garantie du type *public-privé* proposée dans le livre blanc *Garantir l'accès* s'apparente donc au procédé avancé par le rapport Kirby du Sénat canadien.

La menace d'une intervention du gouvernement fédéral mentionnée dans le rapport Kirby au sujet de l'établissement d'une garantie nationale des soins de santé a pris, depuis le 23 janvier 2006, une dimension encore plus pressante à la suite de l'élection du Parti conservateur du Canada, sous la direction de M. Stephen Harper. Il est alors pertinent d'établir le lien entre la proposition québécoise et le programme électoral du Parti conservateur qui comporte effectivement la mise en place de la garantie nationale de soins de santé, associée à l'ouverture de la mixité de la prestation de soins publique et privée⁷⁰.

Notons que le programme du Parti libéral du Canada comprenait également un engagement quant à l'adoption de la garantie nationale de soins de

67. *Ibid.* : « Une deuxième conséquence serait qu'il incomberait au gouvernement fédéral d'envisager de promulguer lui-même une loi pour faire appliquer la garantie de soins de santé. Il pourrait, par exemple, fixer lui-même des périodes maximales d'attente applicables à l'échelle nationale pour diverses interventions, à l'issue desquelles la garantie de soins de santé s'appliquerait. À l'expiration du délai, le gouvernement fédéral pourrait assumer les coûts subis pour permettre au patient de se faire traiter ailleurs, notamment aux États-Unis, et en déduire le montant des sommes versées à la province de résidence du patient au titre du TCSPS. »

68. *Ibid.*

69. *Id.*, p. 134. Le rapport Kirby explique au chapitre 17 (p. 344-345) que le concept de la gestion publique des soins de santé ne comprend pas la prestation des soins, qui pourrait donc se faire sans dérogation à la *Loi canadienne sur la santé* par des organismes privés à but lucratif.

70. PARTI CONSERVATEUR DU CANADA, *Changeons pour vrai*, [En ligne], 2006, p. 30-31, [www.conservative.ca/] (10 mars 2006).

santé⁷¹, mais un point central distingue les deux propositions. En effet, la proposition libérale s'appuyait essentiellement sur la création de centres d'excellence spécialisés publics, tandis que la proposition conservatrice mise essentiellement sur la mixité de la prestation des soins entre des organismes publics et des organismes privés à but lucratif.

Bref, le lien de filiation avec le mécanisme avancé dans le livre blanc *Garantir l'accès* se présente ainsi : la garantie publique est associée au programme du Parti libéral du Canada, tandis que la garantie du type *public-privé* se situe dans la lignée du rapport Kirby et du programme du Parti conservateur du Canada. S'y ajoute la dimension de l'introduction de l'assurance privée duplicative pour les interventions soumises à la garantie du type *public-privé*, que le livre blanc justifie par la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Chaoulli*⁷².

4.3 La différence par rapport à la proposition Romanow

La commission Romanow (2001-2002), du nom de son commissaire⁷³, avait obtenu son mandat directement du gouvernement canadien. Cette commission a tenu ses travaux en partie en même temps que ceux du comité Kirby et s'est également penchée sur la problématique des délais d'attente⁷⁴. Dans son rapport définitif, elle rejette l'hypothèse qu'il s'agirait d'un simple problème de perception et admet que la situation est sérieuse, même si les données sont incomplètes et souvent non fiables. Elle met de côté également la solution avancée par certains de l'ouverture à des installations privées parallèles de soins de santé.

Le rapport Romanow énonce deux recommandations pour répondre aux délais d'attente : utiliser les nouveaux fonds fédéraux pour les services diagnostiques et demander aux gouvernements provinciaux d'instaurer des mesures centralisées de gestion des listes d'attente, après l'adoption de critères normalisés pour établir l'urgence des cas⁷⁵. La commission Romanow conclut que la gestion centrale, publique, transparente et scienti-

71. PARTI LIBÉRAL DU CANADA, *Réussir le Canada*, [En ligne], 2005, p. 10-18, [www.liberal.ca/] (10 mars 2006).

72. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX (QUÉBEC), *op. cit.*, note 8, p. 51. Nous avons expliqué ailleurs pourquoi nous pensons que cette position ne découle pas de la décision de la Cour suprême : M.-C. PRÉMONT, *loc. cit.*, note 5.

73. COMMISSION SUR L'AVENIR DES SOINS DE SANTÉ AU CANADA, *Guidé par nos valeurs. L'avenir des soins de santé au Canada*, [En ligne], 2002, (Commission Romanov), [www.hc-sc.gc.ca/francais/soins/romanow/hcc0086.html] (10 mars 2006).

74. *Id.*, p. 151 et suiv.

75. *Id.*, recommandations 25 et 26, p. 152.

fique des listes présente le meilleur espoir de voir une amélioration marquée de la situation.

Le rapport Romanow ne rejette pas le concept de la garantie de soins et suggère même qu'il soit pris en considération, sans aller toutefois jusqu'à le recommander⁷⁶. Il relève l'avantage que constitue la garantie sur le chapitre de la certitude et de la tranquillité d'esprit offerte au patient, d'une part, et sur le chapitre de la pression qu'elle peut exercer auprès des autorités régionales de la santé pour le respect des délais fixés, d'autre part. En contrepartie, le rapport Romanow exprime deux sujets de préoccupation quant à la garantie de soins. Le premier concerne l'absence de critères objectifs et fiables pour fixer les cibles. Le second est la concurrence inflexible que risque d'introduire la garantie entre les chirurgies urgentes et les chirurgies électives. La crainte est alors que la garantie n'introduise dans le système de santé une source inéquitable et non scientifique de détermination de la priorité des interventions de santé qui s'approchent du délai.

Il faut relever une distinction fondamentale entre le type de garantie pris en considération dans le rapport Romanow et celui qui est avancé dans le rapport Kirby et par le Parti conservateur du Canada. La grande différence tient à la présence ou non au sein du réseau de la santé d'établissements privés à but lucratif susceptibles d'intervenir comme garants de la garantie. En effet, pour le rapport Romanow, la garantie agit comme cible pour une prestation équitable des soins au sein même du réseau public, tandis que, pour le comité Kirby et le gouvernement conservateur du Canada, la garantie devient un mécanisme qui permet de diriger des ressources publiques vers des organismes privés de soins de santé sur lesquels le réseau public doit compter pour répondre aux besoins. Il apparaît donc que la garantie de soin ne prend tout son sens que lorsque sont pris en considération les autres éléments avec lesquels elle interagit.

4.4 La position conservatrice albertaine

Le rapport du groupe de travail mandaté par le premier ministre de l'Alberta, M. Ralph Klein, et présidé par M. Don Mazankowski concernant l'avenir du système de santé a été rendu public en décembre 2001⁷⁷. Il a été reçu avec beaucoup d'enthousiasme de la part des milieux conservateurs et d'affaires, tandis qu'il provoquait une dénonciation quasi unanime de la part des milieux communautaires, syndicaux et de défense du régime public

76. *Id.*, p. 159: «Prendre en considération les garanties de soins.»

77. PREMIER'S ADVISORY COUNCIL ON HEALTH FOR ALBERTA, *op. cit.*, note 63.

de santé⁷⁸. L'orientation conservatrice du rapport Mazankowski n'est plus un secret pour personne, avec l'introduction de l'assurance privée duplicative, la « désassurance » de certains services publics, la prestation d'interventions chirurgicales ciblées par des cliniques privées à but lucratif et la création des comptes d'épargne santé (*medical savings account*). La toute première recommandation du rapport albertain pour une réforme en profondeur du système de santé concerne l'instauration d'une garantie d'accès de 90 jours pour certains services, où s'inscrit la contribution des cliniques privées à but lucratif :

If regional health authorities are unable to provide service within 90 days, they would have to consider other options for getting the service from another region or within a reasonable distance. Services could be arranged from either a public or private sector provider. If they are unable to arrange services within 90 days, government would arrange for the services in another jurisdiction and the costs would be charged to the region where the patient lives⁷⁹.

La ressemblance avec la proposition de garantie du type *public-privé* du livre blanc est frappante, hormis les cibles et la longueur du délai. Quoique le lien avec une assurance privée ne soit pas clairement énoncé dans le rapport Mazankowski, cette association ressort implicitement de la proposition d'ouverture à la « désassurance » publique de certains services de santé ainsi qu'aux contributions privées pour des services de santé améliorés⁸⁰. Par ailleurs, cette proposition précède la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Chaoulli*⁸¹ et l'Alberta tentait d'avancer une proposition qui ne risquait pas de la pénaliser sur le chapitre des transferts

78. Pour des appuis au rapport, le lecteur peut consulter, par exemple, la réaction de l'organisme conservateur CANADIAN TAXPAYERS FEDERATION, *Mazankowski Report Offers Hopeful Prescription For Ailing Health Care System*, [En ligne], 2002, [www.taxpayer.com/main/news.php?news_id=712] (mars 2006). Pour une dénonciation de l'orientation conservatrice du rapport Mazankowski, voir, à titre d'exemple, le site Web de la Coalition canadienne de la santé, qui regroupe plusieurs critiques : CANADIAN HEALTH COALITION, *Mazankowski Report Analysis*, [En ligne], 2002, [www.healthcoalition.ca/maz.html] (mars 2006).

79. PREMIER'S ADVISORY COUNCIL ON HEALTH FOR ALBERTA, *op. cit.*, note 63, p. 45.

80. Ce concept des *enhanced medical goods and services* a été introduit en mai 2000 lors de l'adoption de la loi albertaine *Health Care Protection Act*, R.S.A., c. H-1. Ce concept est aussi présent dans MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX (QUÉBEC), *op. cit.*, note 8, p. 50 : « Pour diverses situations [...] il demeure toujours possible également de s'assurer dans le secteur privé pour couvrir d'autres frais supplémentaires permettant d'obtenir des biens ou des services médicaux, au-delà de ce qui est médicalement nécessaire et qui demeure assumé par le système public. Par exemple, l'assurance maladie privée supplémentaire pourrait couvrir des services dont le tarif excède ce qui est accordé par le système public, par exemple pour des prothèses très sophistiquées. »

81. *Chaoulli c. Québec (P.G.)*, précitée, note 1.

fédéraux en vertu de la *Loi canadienne sur la santé*⁸². Le rapport Kirby avait bien souligné le lien entre sa proposition de garantie et la proposition albertaine⁸³.

Le gouvernement Klein a rendu public le 28 février 2006 dans un nouveau rapport sa plus récente politique en matière de réforme du système de santé⁸⁴, qui se présente cette fois dans la foulée de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Chaoulli*, et où les positions se radicalisent. Le nouveau rapport soumet des propositions de réforme articulées en tant que deuxième phase de la réforme entamée à la suite de la publication du rapport Mazankowski en 2001. La politique albertaine de février 2006 comporte de frappantes similarités avec la proposition québécoise, en même temps qu'elle s'en distingue par une absence notable de mention quant à la politique de la garantie nationale de soins de santé du Parti conservateur du Canada. Les raisons pour lesquelles cette dimension du rapport Mazankowski a été abandonnée dans la nouvelle politique albertaine demeurent incertaines, mais l'hypothèse la plus probable est que la privatisation de certains services de santé y est articulée de façon assez vigoureuse et transparente pour ne pas requérir l'introduction d'un mécanisme supplémentaire en vue de l'alimenter.

De plus, si l'objectif clair et prioritaire de l'Alberta est de permettre la mise sur pied d'un réseau parallèle de soins de santé privés, aucun effort supplémentaire ne doit être consenti pour améliorer le système public⁸⁵. Plus l'écart entre les deux systèmes se creuse, plus l'attrait du système privé croît et plus les personnes seront disposées à y consentir les frais d'assurance supplémentaires.

Le premier ministre du Canada, M. Stephen Harper, a fait parvenir le 3 avril 2006 une lettre au premier ministre de l'Alberta, M. Ralph Klein, pour exprimer ses réserves quant à sa politique de réforme du système de santé rendue publique le 28 février. Il y souligne que la politique avancée par l'Alberta pourrait contrevenir aux prescriptions de la *Loi canadienne*

82. *Loi concernant les contributions pécuniaires du Canada ainsi que les principes et conditions applicables aux services de santé assurés et aux services complémentaires de santé*, précitée, note 39.

83. Voir COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES AFFAIRES SOCIALES, DES SCIENCES ET DE LA TECHNOLOGIE, *op. cit.*, note 45, section IV-B.

84. ALBERTA GOVERNMENT, *Health Policy Framework*, [En ligne], 2006, [www.health.gov.ab.ca/] (février 2006).

85. Cela ressort de nos échanges avec des collègues hors Québec (et notamment de l'Alberta) spécialisés en droit de la santé.

sur la santé⁸⁶. M. Harper rappelle que l'établissement d'une garantie de soins de santé en collaboration avec toutes les provinces est une priorité de son gouvernement et il s'étonne que le plan albertain ne prévoie pas de telle garantie. Il précise que l'innovation quant au système de santé doit plutôt se faire dans le sens prévu par l'Alberta quelques années plus tôt sur le chapitre des modes nouveaux de prestation de soins de santé. M. Harper a clairement indiqué qu'il favorisait l'approche du Québec, dont les autres provinces, y compris l'Alberta, devraient s'inspirer pour la mise en place de leur réforme⁸⁷.

4.5 Un retour sur les expériences étrangères citées en exemple

Le livre blanc *Garantir l'accès* traite brièvement des garanties de soins établies au Royaume-Uni et en Suède⁸⁸. Ces expériences étrangères ont alimenté la réflexion du gouvernement, et c'est pourquoi nous jugeons important d'y revenir. Précisons cependant qu'il est très hasardeux de tirer des leçons des expériences étrangères en matière de garantie fixe de délais d'attente, même dans les cas cités du Royaume-Uni⁸⁹ et de la Suède⁹⁰, dans la mesure où la structure de ces systèmes de santé présente des diffé-

86. Une copie de la lettre est accessible en ligne : S. HARPER, s. t., [En ligne], 2006, [www.healthcoalition.ca/] (10 mars 2006).

87. Les journaux rapportent ainsi les propos de S. HARPER, « L'Alberta devra respecter la Loi sur la santé », *Le Devoir*, 2 mars 2006, p. A-2 : « J'encourage toutes les provinces à suivre l'exemple du Québec. J'encourage l'Alberta et les autres provinces à avoir les mêmes cibles. »

88. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX (QUÉBEC), *op. cit.*, note 8, p. 39 : « deux pays permettent d'alimenter notre réflexion quant aux mécanismes établis pour garantir une meilleure accessibilité à leur système de santé. Il s'agit du Royaume-Uni et de la Suède. »

89. J. APPLEBY, A. HARRISON et S. DEWAR, « Patients Choosing their Hospital May not Be Fair and Equitable », *British Medical Journal*, 2003, p. 407-408. Cet article est aussi accessible sur le Web [En ligne], 2003, [bmj.bmjournals.com/cgi/reprint/326/7386/407?maxtoshow=&HITS=10&hits=10&RESULTFORMAT=1&author1=appleby&title=patients+choosing&andorexacttitle=and&andorexacttitleabs=and&andorexactfulltext=and&searchid=1142176504838_6171&FIRSTINDEX=0&sortspec=relevance&resourcetype=1,2,3,4] (10 avril 2006). Voir également : N. HAWKES, « Patients Get Right to Choose Hospital for their Treatment », *Times Online*, 2 janvier 2006. Cet article est aussi accessible sur le Web : [En ligne], 2006, [www.timesonline.co.uk/printFriendly/0,1-2-1966780-2,00.html] (avril 2006). C. JOHNSTON, *3 billion for NHS Patients to Have Private Treatment*, [En ligne], 2005, [www.timesonline.co.uk/article/0,,8122-1610989,00.html] (avril 2006).

90. M. HANNING, « Maximum Waiting-time Guarantee – An Attempt to Reduce Waiting Lists in Sweden », *Health Policy*, vol. 26, 1996, p. 17-35. D. RAY, « Getting Better Value For Money From Sweden's Healthcare System », *Economics Department Working Papers* OECD, n° 443, 2005.

rences importantes avec la situation du Québec et des autres provinces canadiennes. Le livre blanc *Garantir l'accès* souligne que ces mécanismes peuvent être complexes à gérer et qu'ils doivent constamment faire l'objet de réadaptations⁹¹. Il peut par contre être très pertinent de mieux délimiter le contexte des réformes à l'intérieur desquelles s'insère l'introduction de la garantie d'accès dans ces pays.

Le système national de santé britannique (National Health Service (NHS)), qui est né en 1948, a fait l'objet de réformes majeures à la suite de l'élection en 1979 d'un gouvernement conservateur dirigé par M^{me} Margaret Thatcher, suivi en 1990 par un autre gouvernement conservateur, dirigé par M. John Major, jusqu'en 1997. Au cours de ces 18 années de pouvoir du Parti conservateur britannique, le mécanisme des marchés internes a été mis en place, en vue de séparer les fonctions d'achat et de prestation de soins de santé. La réforme avait pour objet de soumettre le système de soins à l'émulation par la concurrence induite, en vue d'en mieux contrôler les dépenses. Les résultats de cette réforme ont été l'objet de nombreuses critiques et de débats soutenus, sans pour autant réduire les problèmes que connaissait le NHS. Les listes d'attente se sont accrues et une médecine dite à deux vitesses a pris de l'expansion⁹², se manifestant par une croissance d'un secteur privé parallèle de prestation de soins et du marché de l'assurance privée duplicative.

À la suite de la prise de pouvoir en 1997 par le Parti travailliste, M. Tony Blair a proposé une nouvelle réforme dont la nouveauté portait sur la collaboration entre les différents secteurs du système de santé déjà bien en place. Le secteur parallèle privé devait être davantage intégré au financement public du NHS, avec une augmentation substantielle des dépenses de santé consenties par les fonds publics. L'instauration des réseaux de soins de santé entamée en 2000 a amené la création d'un nouvel échelon de gestion régionale du NHS, soit les groupements de soins primaires (primary care trusts (PCT)), à qui des enveloppes budgétaires étaient confiées pour négocier des contrats de soins. Les contrats signés avec le secteur privé de soins de santé (*independent sector*) sont typiquement d'une durée de cinq ans et prévoient des volumes d'activités cliniques garantis⁹³. L'intégration

91. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX (QUÉBEC), *op. cit.*, note 8, p. 40.

92. LA DOCUMENTATION FRANÇAISE, *Le système de santé britannique*, [En ligne], 2005, [www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/assurance-maladie-europe/grande-bretagne.shtml] (10 avril 2006).

93. NHS, *Growing Capacity. Independent Sector Diagnosis and Treatment Centres*, [En ligne], 2002, [www.dh.gov.uk/PublicationsAndStatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/PublicationsPolicyAndGuidanceArticle/fs/en?CONTENT_ID=4005842&chk=cklWFtj] (10 avril 2006).

des secteurs public et privé de la prestation de soins exige que le patient puisse avoir recours librement à une multiplicité de prestataires. La régulation du NHS a été modifiée de façon à garantir ce libre choix. Depuis le 1^{er} janvier 2006, les patients ont le choix entre quatre fournisseurs de soins, dont normalement un fournisseur privé. Avec le parcours en dix-huit semaines, le NHS compte abolir sous peu toute restriction sur le choix du fournisseur⁹⁴.

C'est dans ce contexte sommairement rappelé que la garantie de soins est introduite en 1998 par le gouvernement Blair et modifiée en 2002 et en 2004. La cible du délai maximal de dix-huit semaines, fixée dans le plan de 2004, vient tout juste de faire l'objet d'une politique de mise en œuvre⁹⁵. La garantie britannique joue donc un rôle indéniable pour assurer la circulation de patients entre le secteur public du NHS et un secteur privé de prestation de soins renforcé sous le gouvernement conservateur.

En Suède, la garantie nationale de traitement, telle qu'elle est décrite dans le livre blanc, fixe un délai maximal de 90 jours pour obtenir une consultation auprès d'un médecin spécialiste et un délai supplémentaire de 90 jours pour recevoir le traitement approprié⁹⁶. Elle a été introduite dans sa première version en 1991, sous le gouvernement conservateur de Carl Bildt, remplacé en 1994 par un gouvernement social-démocrate de coalition. La croissance du secteur parallèle de soins de santé privé a alors été strictement limitée par le maintien de l'interdiction de la pratique médicale hybride. La privatisation des soins de santé en Suède s'est traduite principalement par la croissance des hôpitaux privés à financement public, qui ont vu le jour au début des années 90. Les hôpitaux ont d'abord été convertis en sociétés publiques, qui ont par la suite été transférées à des exploitants privés (comme l'hôpital Saint-Göran à Stockholm).

Depuis le 1^{er} janvier 2003, les Suédois peuvent se faire traiter dans le comté de leur choix et par le fournisseur de leur choix. Les comtés essaient toutefois d'influencer le choix des patients en imposant un coût moins élevé pour une visite chez un médecin généraliste que pour une visite à l'hôpital et un coût plus élevé si le patient se fait traiter dans un autre comté que le sien⁹⁷.

94. DEPARTMENT OF HEALTH et NHS, *Tackling Hospital Waiting: The 18 Week Patient Pathway. An Implementation Framework*, [En ligne], 2006, [www.dh.gov.uk/PublicationsAndStatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/PublicationsPolicyAndGuidanceArticle/fs/en?CONTENT_ID=4134668&chk=dd4FPX] (mai 2006).

95. *Id.*, p. 30.

96. OCDE, *Economic Survey of Sweden*, [En ligne], 2005, p. 119, [www.oecd.org/document/22/0,2340,en_33873108_33873822_34965462_1_1_1_1,00.html] (mai 2006).

97. *Id.*, p. 116.

Les expériences britannique et suédoise indiquent que le mécanisme de la garantie d'accès agit en tandem avec la croissance des marchés de l'assurance privée duplicative ou de la prestation privée de soins à but lucratif, dans un contexte de croissance du financement public. Lorsque le mécanisme de la garantie d'accès prévoit un corridor de services entre le système public et un système privé de prestations, il permet alors au patient dont la couverture se limite à la couverture publique d'avoir accès à ces installations privées dont le développement suit ou précède l'instauration de la garantie.

Un des effets du mécanisme de garantie est donc de permettre aux patients d'avoir accès à un système de santé privé parallèle. Le développement de l'assurance privée duplicative doit s'appuyer sur un système privé parallèle, dont le développement doit lui-même bénéficier de conditions favorables. Entre la poule et l'œuf, les réformes de systèmes de santé publics peuvent favoriser le développement de l'un avant l'autre, ou les deux à la fois. De son côté, la proposition de garantie du type *public-privé* du livre blanc *Garantir l'accès* lance un mouvement mesuré et simultané de ces deux éléments. Il faut comprendre que le Québec ne présente actuellement aucun marché de l'assurance privée duplicative pour les soins médicaux et hospitaliers, ni système de santé privé parallèle qui mérite ce nom, puisque peu de médecins du Québec se sont retirés du régime public, soit moins de 0,5 p. 100.

5 La transcription de la proposition dans un projet de loi

5.1 Les précautions d'un ministre

Au Québec, le dossier de la santé a occupé une large place dans le programme de la fin de session parlementaire du printemps 2006. Outre les dix-neuf jours d'audition de la Commission des affaires sociales pour étudier le livre blanc *Garantir l'accès*, des négociations intensives se sont poursuivies pour le renouvellement des ententes entre le gouvernement du Québec et les deux grandes fédérations de médecins que sont la Fédération des médecins omnipraticiens du Québec (FMOQ) et la Fédération des médecins spécialistes du Québec (FMSQ)⁹⁸. Dans la nuit du lundi 12 juin au mardi 13 juin 2006, l'Assemblée nationale adoptait d'urgence une loi

98. Cette dernière poursuivait simultanément une politique de publicités vigoureuse dans les grands quotidiens du Québec. P. BRETON, «Campagne des médecins spécialistes. L'électrochoc publicitaire coûtera 1,4 million», *La Presse*, 25 mai 2006: «La publicité publiée hier a fait sortir de ses gonds le ministre de la Santé et des Services sociaux, Philippe Couillard. La pub montre une femme qui tâte sa poitrine, inquiète. «Le cancer

spéciale⁹⁹ imposant les conditions du renouvellement de l'entente avec les médecins spécialistes¹⁰⁰. Le lendemain, soit le mercredi 14 juin, le ministre de la Santé et des Services sociaux annonçait dans un point de presse¹⁰¹ la signature d'une entente avec la FMOQ, où les plafonds de rémunération étaient levés pour l'essentiel¹⁰².

Dès le lendemain de la fin des travaux de la commission parlementaire étudiant le livre blanc *Garantir l'accès*, le 8 juin 2006, soit la veille de la levée de la suspension de l'effet de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Chaoulli*, le ministre Couillard faisait une déclaration officielle, annonçant qu'un projet de loi serait déposé sous peu. Il y précisait notamment que l'interdiction de l'assurance privée serait maintenue, avec une ouverture limitée aux trois interventions mentionnées dans le livre blanc, pour les chirurgies de la hanche, du genou et de la cataracte. Le ministre prévoyait l'adoption du projet de loi à l'automne 2006 et précisait que les dispositions entreraient en vigueur de façon rétroactive au 9 juin 2006, c'est-à-dire dès le moment où la décision de la Cour suprême prendrait effet. Il rendait ainsi publique l'anticipation de la rétroactivité des dispositions afin de prévenir l'implantation possible de pratiques d'assurance susceptibles d'être interdites rétroactivement.

Le projet de loi donnant suite au livre blanc et à la décision *Chaoulli* a effectivement été déposé une semaine plus tard, soit le jeudi 15 juin 2006, au dernier jour de la session parlementaire de l'Assemblée nationale qui ajournait alors ses travaux pour l'été¹⁰³. Le gouvernement annonçait le même jour une commission parlementaire restreinte et sur invitation pour en étudier le contenu, du 12 au 14 septembre 2006.

vous fait peur. Le système de santé aussi», peut-on lire. «Votre bosse sous l'aisselle grossit, la clinique est débordée, votre diagnostic est retardé. Vous avez peur qu'il soit trop tard.»»

99. *Loi concernant la prestation des services de santé par les médecins spécialistes*, L.Q. 2006, c. 16 (projet de loi n° 37).

100. Le ministre a expliqué que, en plus de l'amélioration des conditions de travail des médecins se traduisant par une augmentation du coût de la santé, il poursuivait également un objectif d'augmentation de l'offre de services. La loi prévoit à son article 4 une enveloppe de 50 000 000 \$, affectée à la diminution des listes d'attente et à l'augmentation des heures de fonctionnement des blocs opératoires.

101. Voir : QUÉBEC – PORTAIL QUÉBEC, *Le gouvernement du Québec s'entend avec la fédération des médecins omnipraticiens du Québec*, [En ligne], [communiqués.gouv.qc.ca/gouvqc/communiqués/GPQF/Juin2006/14/c4605.html] (juin 2006).

102. Le plafond de rémunération de l'omnipraticien est levé dans la mesure où il compte, dans sa liste de patients dont il doit faire le suivi, un minimum de 200 patients vulnérables.

103. *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives*, projet de loi n° 33 (présentation du projet le 15 juin 2006) (Québec), 2^e session, 37^e Législature (ci-après : projet de loi n° 33).

Le dépôt du projet de loi n° 33 nous permet de compléter ici notre analyse de la proposition québécoise par un bref commentaire sur sa transcription législative. Ce projet de loi ne comporte pas de surprise majeure par rapport aux indications données dans le livre blanc *Garantir l'accès* et au cours des discussions tenues en commission parlementaire, sauf pour la régularisation et la promotion des pratiques chirurgicales privées actuelles. Le projet de loi en question introduit les trois principaux mécanismes discutés plus haut, c'est-à-dire la garantie d'accès publique et du type *public-privé*, l'assurance privée duplicative restreinte et la délégation de services de santé à des entreprises privées à but lucratif.

5.2 L'instauration d'un mécanisme public de gestion de l'attente

Le projet de loi n° 33 instaure, à ses articles 7¹⁰⁴ et 8¹⁰⁵, le plan énoncé dans le livre blanc d'un mécanisme centralisé de gestion des listes d'attente par centre hospitalier, pour les services spécialisés et surspécialisés. La gestion centralisée des listes d'attente est reconnue comme un moyen efficace et incontournable pour répondre, du moins en partie, au problème des délais d'attente déraisonnables¹⁰⁶. Il faut se réjouir que ce projet de loi instaure un tel mécanisme, en le plaçant sous la responsabilité du directeur des services professionnels, qui doit s'assurer que chaque chef de département clinique voit au bon fonctionnement du mécanisme centralisé. De plus, le directeur général du centre hospitalier doit régulièrement faire rapport au conseil d'administration de l'efficacité dudit mécanisme¹⁰⁷. L'article 16 du projet de loi n° 33 ajoute également un article 431.2 à la LSSSS qui autorise le ministre à intervenir par directives pour prendre toute mesure nécessaire afin d'instaurer des mécanismes particuliers d'accès là où le mécanisme normal risque de mener au dépassement des délais raisonnables.

L'objectif de la gestion centralisée est d'améliorer l'accès en temps opportun et raisonnable à des services de santé. La gestion centralisée devrait permettre d'améliorer de façon significative l'accès à certains services, sans qu'il soit nécessairement obligatoire d'accroître la capacité de production du système. En effet, les études démontrent que certaines

104. L'article 7 du projet de loi n° 33 ajoute l'article 185.1 L.S.S.S.S.

105. *Ibid.* L'article 8 modifie l'article 189 L.S.S.S.S. en faisant du chef de département clinique de tout centre hospitalier le responsable du respect des règles quant au fonctionnement du mécanisme de gestion des listes d'attente.

106. *Ibid.* M.M. Rachlis, *Public Solutions to Health Care Waitlists*, Ottawa, Centre canadien de politiques alternatives, décembre 2005, 38 p.

107. Projet de loi n° 33, art. 7.

ressources demeurent sous-utilisées, même en présence de délais d'attente importants, en raison de la mauvaise gestion dont elles sont l'objet¹⁰⁸.

Le mécanisme ne serait par contre pas complet sans la fixation de normes pour déterminer ce qui constitue un délai raisonnable. Ce second volet du mécanisme de gestion de l'attente représente un défi important. Si les autorités publiques peuvent parfois convenir d'une cible comme délai maximal d'attente pour une procédure, cela ne signifie pas que chaque patient nécessitant la même procédure devra obligatoirement être soumis au même délai. Par exemple, le remplacement d'une hanche à l'intérieur d'un délai de six, neuf ou quinze mois, selon la cible fixée par la norme administrative, peut être raisonnable pour un patient qui peut continuer à fonctionner plus ou moins normalement, mais cela pourrait être déraisonnable pour le patient soumis à de fortes douleurs et dont les déplacements sont devenus impossibles¹⁰⁹.

La fixation des délais raisonnables devra faire l'objet de discussions et d'un consensus avec des experts médicaux. Ces délais devraient normalement être transcrits sous la forme de normes administratives. Le projet de loi n° 33 demeure donc silencieux à ce sujet.

5.3 La création d'hôpitaux privés à but lucratif, sans le nom

Une pratique médicale chirurgicale en clinique privée et dont les contours sont mal connus s'est développée au cours des années, à la fron-

108. M.M. RACHLIS, *op. cit.*, note 106.

109. Dans une décision récente mettant en cause le concept de l'attente déraisonnable, la Cour européenne de justice explique cette nuance, au moment où elle devait décider si une attente d'une année représentait un retard injustifié pour avoir accès à une chirurgie de la hanche dans le cas d'une patiente atteinte d'arthrite aiguë. La cible maximale d'attente du NHS était de 15 mois, et une attente de 12 mois lui était proposée. La Cour a décidé que la fixation des délais d'attente doit reposer sur deux dimensions : d'une part, des critères objectifs et non discriminatoires ; d'autre part, une évaluation personnalisée de la situation de la patiente. *The Queen, à la demande de Yvonne Watts c. Bedford Primary Care Trust*, Cour européenne de justice, 16 mai 2006, paragr. 116 et 120 : « Dès lors, pour qu'un régime d'autorisation préalable soit justifié alors même qu'il déroge à une telle liberté fondamentale, il doit, en tout état de cause, être fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance, de manière à encadrer l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités nationales afin que celui-ci ne soit pas exercé de manière arbitraire [...] Il s'ensuit que, lorsque le délai découlant de telles listes d'attente s'avère excéder, dans le cas individuel concerné, le délai acceptable compte tenu d'une évaluation médicale objective de l'ensemble des circonstances caractérisant la situation et les besoins cliniques de l'intéressé, l'institution compétente ne peut refuser l'autorisation sollicitée en se fondant sur des motifs tirés de l'existence de ces listes d'attente, d'une prétendue atteinte portée à l'ordre normal des priorités lié au degré d'urgence respectif des cas à traiter. »

tière de la légalité. Elle peut être de deux types : les cliniques privées de chirurgie composées de médecins participants au régime public ou celles qui sont exploitées par des médecins non participants. Dans les deux cas, des interventions chirurgicales importantes sont pratiquées, comme la chirurgie de la hanche ou du genou. Certaines de ces interventions, comme le remplacement de la hanche, peuvent nécessiter un hébergement de quelques jours. Ces cliniques agissent alors à la marge de la légalité¹¹⁰, puisqu'elles fonctionnent sur la base d'un simple cabinet privé et qu'elles doivent prévoir un hébergement, sans être titulaire d'un permis hospitalier.

Les cliniques chirurgicales de médecins participants présentent une problématique supplémentaire lorsqu'elles exigent des frais aux patients pour des services médicaux payés par la Régie de l'assurance maladie du Québec (RAMQ). Ces cliniques perçoivent directement ou indirectement trois types de paiement pour financer ces services de chirurgie : 1) la rémunération à l'acte du médecin, payée par la RAMQ ; 2) les frais accessoires pour l'utilisation du plateau technique, payés par le patient ; et 3) les substances médicamenteuses utilisées (dont les médicaments et les anesthésiques), payées directement par le patient, dont certaines peuvent lui être remboursées en partie par l'assurance médicaments. Les frais accessoires pourraient être qualifiés de « surfacturation » prohibée au sens de la *Loi canadienne sur la santé*¹¹¹.

Deux options se présentent aux pouvoirs publics aux prises avec une telle situation. Sans vouloir suggérer une quelconque association, utilisons l'analogie des drogues ou de la prostitution pour illustrer notre propos.

110. Le ministre Philippe Couillard a caractérisé cette situation de « flou juridique », en commission parlementaire et en point de presse lors de la divulgation du projet de loi n° 33.

111. Cette pratique a été jugée préoccupante par les autorités fédérales pour qui elle pourrait contrevioler à l'interdiction de la surfacturation pour les services assurés, prévue aux articles 7, 12 et 18 de la *Loi canadienne sur la santé*, précitée, note 39. « À la suite de reportages dans les médias, en mars 2000, la Régie de l'assurance-maladie du Québec (RAMQ) a fait enquête sur des allégations voulant qu'une clinique privée impose aux patients des frais d'utilisation de salle d'opération allant jusqu'à 400 \$ pour des interventions que les médecins facturent à la RAMQ. Santé Canada a fait savoir au ministère de la Santé et des Services sociaux que l'imposition de frais pour la prestation de services de santé assurés à des personnes assurées était préoccupante sur le plan de la LCS [*Loi canadienne sur la santé*]. En février 2005, les fonctionnaires de Santé Canada et du Québec se sont rencontrés pour discuter de cette question, et le caractère confidentiel des enquêtes de la RAMQ a de nouveau été invoqué. Les fonctionnaires du Québec ont mentionné qu'il n'y avait pas eu de plaintes récentes, mais qu'ils n'étaient pas en mesure de confirmer que le problème avait été résolu » : SANTÉ CANADA – SYSTÈME DE SOINS DE SANTÉ, *Loi canadienne sur la santé*, [En ligne], [www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/medi-assur/administration/index_f.html] (10 juin 2006).

Certains soutiennent qu'il faut clairement les rendre illégales et en combattre la prolifération, pendant que d'autres croient plutôt que leur légalisation reconnaît un phénomène qu'il est pratiquement impossible d'éradiquer tout en permettant surtout d'en mieux contrôler les effets néfastes et les abus. Le fonctionnement des cliniques privées de chirurgie ne fait évidemment pas l'objet d'une contravention de droit criminel, comme dans le cas des drogues et de la prostitution. L'analogie nous permet cependant de mieux percevoir le choix qui se pose au Québec : proscrire clairement la pratique médicale en question ou régulariser une situation, par ailleurs marginale dans l'ensemble de la profession, tout en lui offrant les conditions de sa croissance.

Le projet de loi n° 33 fait le choix de la seconde option quant aux cliniques privées de chirurgie, avec l'insertion à la LSSSS d'un nouveau titre intitulé « Les centres médicaux spécialisés¹¹² ». Autant dans leur version de médecins participants que dans leur version de médecins non participants, les centres médicaux spécialisés (CMS) devraient être titulaires d'un permis de fonctionnement¹¹³ et feraient l'objet de divers contrôles associés à leur autorisation, comme la procédure d'agrément¹¹⁴. Les CMS devraient nommer un directeur médical¹¹⁵ et seraient autorisés à pratiquer les chirurgies de la hanche, du genou et de la cataracte, en plus de tout autre traitement spécialisé déterminé par règlement du ministre¹¹⁶. Le permis délivré au CMS préciserait le nombre de lits disponibles pour l'hébergement de ses patients¹¹⁷.

Le projet de loi n° 33 prévoit que les titres de propriété d'un CMS doivent être détenus majoritairement par des médecins membres du Collège des médecins du Québec, lorsqu'il est exploité par une personne morale¹¹⁸. Aucun titre ne peut être détenu par un producteur ou distributeur de biens ou de services de santé susceptible d'être requis par un patient tout au long de l'épisode de soins¹¹⁹. Cette disposition a pour objet, par exemple, d'exclure les pharmaciens, les sociétés pharmaceutiques, les fournisseurs d'appareils orthopédiques ou les assureurs privés dans le domaine de la santé, que ce soit pour la couverture des médicaments ou pour la nouvelle

112. Projet de loi n° 33, art. 11.

113. Voir la proposition de modification de l'article 437 L.S.S.S.S. : art. 17 du projet de loi n° 33.

114. Voir la proposition d'un nouvel article 333.4 L.S.S.S.S. : art. 11 du projet de loi n° 33.

115. Voir la proposition d'un nouvel article 333.5 L.S.S.S.S. : art. 11 du projet de loi n° 33.

116. Projet de loi n° 33, art. 11, ajoutant l'article 333.1 L.S.S.S.S.

117. *Id.*, art. 19, modifiant l'article 440 L.S.S.S.S.

118. *Id.*, art. 11, ajoutant l'article 333.2 L.S.S.S.S.

119. *Id.*, art. 333.2 al. 3.

ouverture en matière de soins de santé dont nous traiterons à la section 5.4. La disposition comporte notamment une prohibition de la mise sur pied de l'équivalent des *health maintenance organizations* (HMO) américaines ou organisations de soins de santé intégrés¹²⁰. Seul un médecin membre du Collège pourrait également en être propriétaire si le CMS est propriété de personnes physiques.

Le projet de loi n° 33 rejette la possibilité que les médecins participants et non participants partagent les ressources humaines, les équipements et les plateaux techniques d'un même centre médical, comme pouvait le permettre la description formulée au livre blanc dont nous avons traité à la section 3.3. En effet, le nouvel article 333.3 LSSSS proposé par le projet de loi n° 33 indique clairement que les CMS doivent prendre l'une ou l'autre forme de façon exclusive. Les CMS seront donc à financement public ou privé, sous réserve de certaines exceptions sur lesquelles nous reviendrons.

Après avoir décrit les points communs aux deux formes de CMS, nous croyons utile de signaler leurs différences. Le CMS de médecins non participants pourra seul être rémunéré à partir de la nouvelle couverture d'assurance privée autorisée par le projet de loi n° 33. Les services fournis par le CMS de médecins non participants devront impérativement englober l'ensemble de l'épisode de soins rattaché à une intervention chirurgicale ou à un traitement, depuis les services préopératoires jusqu'aux services postopératoires, les services de réadaptation et les soins à domicile. S'il ne peut lui-même fournir ces services, le CMS doit s'assurer qu'ils le seront par une autre ressource à financement privé exclusif¹²¹.

120. Ce sont les HMO qui ont mis sur pied les organismes de gestion intégrée des soins de santé (*managed care*) aux États-Unis : « Une organisation de *managed care* est un système de distribution de soins qui signe une entente avec un tiers-payeur, le plus souvent une compagnie d'assurances, pour fournir à une population donnée tous les soins de santé requis, pendant une période de temps déterminée. L'organisme prend la responsabilité clinique et financière des soins requis par cette population moyennant un montant d'argent prédéterminé [...] La façon dont ces services sont rendus sera organisée, suivie et contrôlée en fonction d'objectifs économiques et qualitatifs établis par le tiers-payeur » : L. LEBEL et H. BLOUIN, *L'approche managed care. Le concept, ses impacts, son potentiel au Québec*, Association des hôpitaux du Québec, collection de la reconfiguration du réseau, n° 8, 1996, p. 1.

121. L'article 333.6 nouveau L.S.S.S.S. dit « auprès d'une autre ressource privée ». Cette expression mériterait plus de clarté. De plus, l'article 2 du projet de loi n° 33 ajoute l'article 78.1 L.S.S.S.S. par lequel le coût de tout service de santé accessoire à un traitement fourni en CMS de médecins non participants qui est donné par un établissement public peut être réclamé du CMS par le gouvernement.

Le CMS de médecins participants, quant à lui, pourrait, à l'exclusion de son vis-à-vis, conclure une entente exclusive de soins avec un établissement public¹²², devenant ainsi une « clinique médicale associée¹²³ », qui correspond à la CSA du livre blanc. Les seuls frais accessoires qui pourront y être exigés des patients seront les mêmes que ceux qui sont autorisés à l'intérieur des établissements publics¹²⁴.

Ainsi, le CMS de médecins non participants, selon les traitements qui y seront pratiqués, pourrait bien équivaloir à un hôpital privé à but lucratif puisqu'il sera autorisé à pratiquer des interventions chirurgicales, à faire de l'hébergement et à être rémunéré par les patients ou leurs assureurs pour certaines de ces interventions. Les CMS de médecins non participants pourront ainsi devenir la base du développement d'un réseau privé parallèle de soins de santé.

Le CMS de médecins participants au régime public, quoique intégré au réseau public de santé, constitue une nouvelle forme de privatisation de la prestation de soins où la rémunération du médecin pourrait comporter des éléments nouveaux, distincts du paiement à l'acte, à salaire ou mixte que les médecins connaissent aujourd'hui de la RAMQ. Ce phénomène s'apparente à celui de la création d'hôpitaux privés à financement public comme a connue la Suède¹²⁵, avec la différence importante apportée à la propriété des CMS. Comme nous l'avons souligné dans notre présentation des CSA du livre blanc¹²⁶, le CMS qui devient une CMA¹²⁷ constitue une institutionnalisation de la délégation de services publics auprès d'organismes à but lucratif par voie de contractualisation. Le nouvel article 349.3 LSSSS précise le contenu de l'entente qui devra être signée, sur approbation du ministre, entre l'agence et l'établissement, d'une part, et la clinique médicale associée, d'autre part. Ces ententes seront d'une durée maximale de cinq ans, renouvelable.

122. Il faut inclure l'exception prévue à l'article 5 du projet de loi n° 33 par lequel l'article 108 L.S.S.S.S. est modifié pour interdire ce type d'entente avec un CMS de médecins non participants, sauf avec l'autorisation du ministre.

123. Le projet de loi n° 33 propose l'insertion des articles nouveaux 349.1 à 349.10 L.S.S.S.S. sous l'en-tête 3.1 « Fonctions reliées aux services des cliniques médicales associées », article 12.

124. Projet de loi n° 33, art. 12, introduisant l'article 349.6 L.S.S.S.S. nouveau.

125. Voir la section 4.5.

126. Voir la section 3.3.

127. Trois catégories d'organismes pourront devenir des CMA, soit le CMS de médecins participants, un cabinet privé de professionnel ou un laboratoire: art. 12 du projet de loi n° 33, insérant l'article 349.1 L.S.S.S.S.

5.4 La prohibition de l'assurance privée duplicative

Le dispositif de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Chaoulli* mène à l'invalidation des deux articles prévoyant la prohibition de l'assurance privée duplicative des soins médicaux et hospitaliers énoncée à l'article 11 de la *Loi sur l'assurance hospitalisation* et à l'article 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*¹²⁸. Nous avons expliqué ailleurs pourquoi et comment le gouvernement du Québec pouvait renouveler la prohibition de l'assurance privée duplicative, dans la mesure où il avançait une réponse crédible pour résoudre le problème des délais d'attente déraisonnables¹²⁹. Le projet de loi n° 33 rejette l'approche du maintien de l'interdiction totale de l'assurance privée duplicative, tout en écartant également l'ouverture large ou totale, comme le demandaient certains intervenants en commission parlementaire, notamment l'Action démocratique du Québec (ADQ)¹³⁰, le docteur Jacques Chaoulli¹³¹ et d'autres¹³². Le livre blanc *Garantir l'accès* avait annoncé que l'assurance privée duplicative serait permise pour les interventions de la chirurgie du genou, de la hanche et de la cataracte, ce que confirme le projet de loi n° 33. Ce type d'intervention peut exiger un hébergement et doit se faire hors établissement public par des médecins non participants, lorsqu'il est financé par l'assurance privée duplicative pour laquelle le gouvernement du Québec veut créer une ouverture. Précisons que l'ouverture quant à l'assurance privée duplicative pour des chirurgies

128. *Supra*, note 3.

129. M.-C. PRÉMONT, *loc. cit.*, note 5.

130. ADQ, *Commentaires de l'Action démocratique du Québec sur le Document de consultation du gouvernement intitulé «Garantir l'accès: un défi d'équité, d'efficience et de qualité»*, mémoire déposé devant la Commission des affaires sociales, 30 mars 2006, p. 28: «Le débat a toujours porté sur cette interdiction générale et le jugement de la Cour suprême ne peut en aucun temps être interprété comme permettant de préserver en partie l'interdiction de souscrire une assurance privée pour certains soins médicaux [...] Le gouvernement du Québec s'apprête ainsi à contrevenir au jugement de la Cour suprême d'une façon non conforme à la Constitution.»

131. J. CHAULLI, *Garantir l'accès: un défi d'équité, d'efficience et de qualité*, mémoire déposé devant la Commission des affaires sociales, mars 2006, p. 27: «En vue de demander au législateur de lever cette interdiction pour tous les services couverts par le régime public, je n'ai pas davantage ce fardeau devant la Commission parlementaire.» Aussi (p. 32): «Il est manifeste que cette réponse du gouvernement va carrément à l'encontre du jugement de la Cour suprême du Canada, et donc à l'encontre des intérêts des patients.» [En ligne], [www.assnat.qc.ca/fra/37legislature2/commissions/cas/depot-acces.html] (10 juin 2006).

132. Par exemple: J. CASTONGUAY, C. CASTONGUAY et C. MONTMARQUETTE, *La pérennité du système de santé: un enjeu de finances publiques*, mémoire présenté à la Commission des affaires sociales, CIRANO, mars 2006. INSTITUT ÉCONOMIQUE DE MONTRÉAL, *Pour une réelle ouverture à l'assurance-maladie privée au Québec*, mémoire soumis à la Commission des affaires sociales, 24 mars 2006.

exige donc la double ouverture de l'assurance maladie et de l'assurance hospitalisation, même si elle n'en porte pas le nom.

Bref, le projet de loi n° 33 propose la modification de l'article 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*¹³³ pour autoriser les contrats d'assurance pour tous les services «requis pour effectuer une arthroplastie-prothèse totale de la hanche ou du genou, une extraction de la cataracte avec implantation d'une lentille intra-oculaire ou un autre traitement médical spécialisé¹³⁴» déterminé par le gouvernement, conformément au nouvel article 15.1 de la *Loi sur l'assurance maladie*. Le nouvel article 15 précise que le contrat privé d'assurance maladie devra couvrir également les services préopératoires, postopératoires, de réadaptation et de soutien à domicile. Le nouvel article 15.1, quant à lui, prévoit le mécanisme de l'élargissement de l'ouverture à l'assurance privée duplicative au-delà des trois interventions annoncées. Tout ajout à la liste des trois interventions précisées à l'article 15 doit être puisé dans la liste des interventions préalablement autorisées par le ministre pour être pratiquées en CMS¹³⁵. L'exercice de ce pouvoir réglementaire du gouvernement doit être précédé d'une étude en commission parlementaire¹³⁶.

Pour sa part, l'article 11 de la *Loi sur l'assurance hospitalisation* fait l'objet d'une modification qui pourrait sembler équivaloir à une nouvelle adoption d'interdiction totale, avec une actualisation quant aux régimes d'avantages sociaux (non assurés), également interdits. De plus, le dernier alinéa prévoit des amendes pour toute contravention de 50 000 à 100 000 dollars, et du double en cas de récidive. La sévérité de ces amendes est sans commune mesure avec celle qui est actuellement prévue dans l'article 15 de la loi, pour un montant de 100 dollars. Il faut par contre se méfier des apparences, puisque, comme nous l'avons vu plus haut, le projet de loi n° 33 prévoit l'introduction des CMS dont certaines fonctions seront les mêmes que les fonctions hospitalières en ce qui concerne les chirurgies qui y seront autorisées. Les services «hospitaliers» équivalents ne seront donc pas des services assurés au sens de la *Loi sur l'assurance hospitalisation*. Ainsi, ils ne sont pas couverts par l'interdiction de l'assurance privée duplicative en matière d'hospitalisation.

Les modifications proposées à ces deux lois changent de façon significative la structure juridique de l'assurance maladie au Québec. D'abord,

133. *Loi sur l'assurance maladie*, précitée, note 3.

134. Projet de loi n° 33, art. 40, modifiant l'article 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*, précitée, note 3.

135. Projet de loi n° 33, art. 11, ajoutant l'article 333.1 L.S.S.S.

136. *Supra*, note 134.

l'introduction de l'assurance privée duplicative pour certains services santé couverts par le régime public exige que les lois sur le régime public d'assurance soient, par le fait même, adaptées à la présence de régimes privés duplicatifs. C'est la raison pour laquelle la nouvelle formulation proposée pour l'article 15 de la *Loi sur l'assurance maladie* et pour l'article 11 de la *Loi sur l'assurance hospitalisation* ne parle plus seulement de l'assurance privée, mais autorise ou interdit également la couverture des mêmes services par les régimes d'avantages sociaux. En effet, l'assurance privée ne devient significative et importante que lorsqu'elle prend la forme collective des régimes d'avantages sociaux, comme cela a été le cas pour l'assurance médicaments, avant même l'introduction en 1997 de l'assurance privée obligatoire avec le régime général d'assurance médicaments du Québec¹³⁷.

D'autre part, l'histoire de l'instauration de la couverture publique de l'assurance santé au Québec explique la distinction entre les soins hospitaliers, couverts par la *Loi sur l'assurance hospitalisation*, et les soins médicaux, couverts par la *Loi sur l'assurance maladie*. L'introduction de l'assurance maladie privée pour des soins de chirurgie pouvant être pratiqués dans un CMS titulaire d'un permis d'hébergement rend caduque cette distinction. La régulation de services équivalents aux services hospitaliers dans les CMS tomberait désormais sous le coup de la *Loi sur l'assurance maladie*. Bref, contrairement aux apparences, la prohibition de l'assurance hospitalisation privée fait également l'objet d'une ouverture partielle, à travers la modification de la *Loi sur l'assurance maladie*, pour l'ensemble des soins qui seront pratiqués en CMS de médecins non participants.

5.5 La confirmation de l'introduction de la garantie du type *public-privé* d'accès

La structure projetée par le projet de loi n° 33 confirme donc l'introduction de la garantie du type *public-privé* énoncée dans le livre blanc *Garantir l'accès*. Cette garantie s'articule autour de la garantie publique et s'appuie en outre sur l'instauration des CMS de deux types. Les CMS de médecins participants se verront confier des volumes garantis de soins de santé, tandis que les CMS de médecins non participants pourront également recevoir des patients du secteur public, qui y auront été dirigés par les établissements, lorsque le délai aura dépassé la norme administrative

137. *Loi sur l'assurance médicaments*, L.Q. 1996, c. 32; L.R.Q., c. A-29.01.

des délais raisonnables pour une intervention¹³⁸. Les CMS de médecins non participants seront en concurrence directe avec le réseau public pour l'ensemble des traitements autorisés, et en particulier avec ceux qui sont couverts par l'assurance privée duplicative, soumis par le fait même à la garantie du type *public-privé* d'accès aux services. Le livre blanc avait avancé l'idée d'une possible réglementation des tarifs levés par les médecins non participants, mais le projet de loi n° 33 ne la retient pas.

Conclusion : La réforme du système de santé québécois doit-elle passer par l'adoption d'une vision conservatrice ?

Le projet de loi n° 33, comme le livre blanc *Garantir l'accès*, avance deux types de garanties d'accès : la garantie publique et la garantie du type *public-privé*. Nous avons tenté de clarifier l'origine et les sources d'inspiration de ces formules. Il appert que la garantie du type *public-privé* est clairement d'inspiration conservatrice et davantage compatible avec une vision favorable au développement du rôle de l'industrie privée dans le secteur de la santé, autant pour le financement que pour la prestation des soins. L'industrie de l'assurance privée duplicative dans le domaine de la santé doit normalement s'appuyer, comme le rappelle l'étude internationale de l'OCDE¹³⁹, sur un réseau distinct de soins de santé. Ce réseau de soins distincts est pour l'heure quasi inexistant au Québec et au Canada. Avant que le gouvernement permette l'éclosion d'un marché significatif de l'industrie de l'assurance privée duplicative pour les soins médicaux et hospitaliers, il est essentiel que ce réseau distinct jouisse de conditions favorables à son développement, à travers la légalisation des certaines pratiques chirurgicales privées ayant cours. La promotion des CSA dans le livre blanc *Garantir l'accès* et par l'actuel gouvernement fédéral, dirigé par le chef du Parti conservateur du Canada, et leur transcription sous la forme de CMS de deux types dans le projet de loi n° 33, pourrait bien en constituer la pierre angulaire, conjointement à une ouverture ciblée à l'égard de l'assurance privée duplicative, tant pour les services médicaux ciblés que pour leur équivalent *hospitalier* dans le cas des services accessibles d'hébergement.

Cet objectif est certes en phase avec un programme politique conservateur, mais il est en contradiction avec la volonté d'un renforcement du système public de soins de santé, de sa consolidation et de la réponse

138. Projet de loi n° 33, art. 16, ajoutant l'article 431.2 L.S.S.S.S., 4^e alinéa. Voir également l'article 4 du projet de loi n° 33, modifiant l'article 95 L.S.S.S.S., permettant de conclure une entente avec un CMS de médecins non participants, avec l'autorisation du ministre.

139. *Supra*, note 32.

appropriée à donner à la problématique des délais d'attente à l'intérieur du système public de santé du Québec.

Le livre blanc énonce une position sage lorsqu'il y est dit que l'implantation d'une politique nouvelle doit se faire de façon graduelle et évolutive, en vue de maintenir la cohérence du système de santé et de s'assurer que les ressources financières et humaines permettent d'y répondre. La proposition de la garantie publique répond à cet objectif, puisque les domaines pour lesquels la garantie est proposée sont déjà en mesure de répondre de manière appropriée à la fixation de délais, à l'intérieur du système public.

Le projet de loi n° 33 tente certes de maintenir le maximum d'étanchéité entre un réseau public et un réseau privé¹⁴⁰. Cependant, les exceptions nombreuses, ainsi que l'articulation de la garantie du type *public-privé*¹⁴¹, pourraient bien, à terme, en faire sauter les verrous. La filiation conservatrice de la garantie du type *public-privé* nous permet de mieux en circonscrire l'objet et de prévoir ses effets.

Il est utile, en conclusion, de revenir sur la définition de l'assurance privée duplicative : « La caractéristique principale d'une assurance-maladie privée duplicative est qu'elle offre à des personnes déjà couvertes par les régimes publics une couverture privée pour le même ensemble de prestations¹⁴². » Dans la mesure où l'acquisition d'une couverture d'assurance privée duplicative représente un dédoublement ou un chevauchement, quant à la couverture d'assurance déjà acquise dans le secteur public, elle n'a de sens que si elle donne accès à des soins d'une qualité supérieure. La supériorité de la qualité peut se mesurer selon les installations où les soins se pratiquent, selon la réputation des professionnels de la santé qui y pratiquent ou selon la rapidité de l'accès à ses services.

L'ouverture ciblée et coordonnée quant à l'instauration de l'assurance privée duplicative et de la prestation privée à but lucratif crée une dynamique qui déplace les ressources du système public de soins vers un système privé de prestation à développer et risque d'induire cette distanciation par laquelle le réseau privé parallèle acquiert une certaine attractivité par rapport au réseau public. Forcer le réseau public à se soumettre à des

140. En plus des exemples déjà soulignés, voir le projet de loi n° 33, art. 10, ajoutant l'article 263.2 L.S.S.S. selon lequel les équipements publics ne doivent servir qu'aux médecins participants, sauf sur autorisation préalable du ministre.

141. P. LAMARCHE et A.P. CONSTANDRIOPOULOS, *Les propositions du livre blanc : un pas vers l'amélioration de la cohérence du système de santé ?*, Groupe de recherche interdisciplinaire en santé de l'Université de Montréal (GRIS), mémoire présenté à la Commission des affaires sociales, 24 mars 2006.

142. *Supra*, note 32, p. 38.

délais, avant même que les mesures de respect soient en place, ne peut avoir pour effet que d'obliger le réseau public à transférer les patients sur une base continue à un réseau parallèle privé dont les fonds publics assurent ainsi la mise en place et le développement. Une telle politique peut certes apparaître avantageuse pour ce secteur d'affaires qui ne demande qu'à se développer, surtout avec l'appui des fonds publics, mais il est néanmoins permis de douter de sa sagesse pour les finances publiques et les patients du Québec.